Die gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft

nach dem Bürgerl. Gesetzbuch unter Berücksichtigung des kanonischen Rechts und ausländischer staatl. Rechte und

die Frage der Reform.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftl. Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Gisbert Armbruster
aus Fellbach/Wttbg.

1938.

Druck der Fr. Bühlerschen Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
Urach/Württbg.

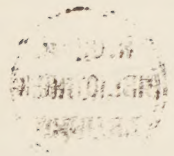
Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen

Obmann: Prof. Dr. Eisser
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Feine
2. „ Prof. Dr. Schönfeld.

Tag der mündlichen Prüfung: 5. März 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0083

Benutztes Schrifttum.

(Jüdische Schriftsteller mit *)

I. Lehrbücher und Einzeldarstellungen:

Behaghel, Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, Tauberbischofsheim 1892.

Behr, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv für bürgerliches Recht, Band 25, Seite 11 ff.

Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht samt Nachträgen, Berlin 1926.

— Der Ausländer im Deutschen Recht, 1934.

— im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, Band 2 unter Ehescheidung — Ehetrennung, Berlin 1929.

Bombiero-Kremenać, Separatio tori, mensae et habitationis nach kirchlichem und weltlichem Recht, im Archiv für katholisches Kirchenrecht, Band 114, S. 438 ff.

Crusen-Steuber-Anders-Lauterbach, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd. IV, 2. Aufl. 1. Teil. Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, Berlin 1937.

Dresel, Die Lateranverträge zwischen dem Hl. Stuhl und dem Königreich Italien in Recht und Politik, Diss. 1933.

* Ehrenzweig, System des österreich. Allgem. Privatrechts, II. Band, Familien- und Erbrecht, Wien 1924.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Allgem. Teil, 30.—34. Aufl., Marburg 1928.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß, Berlin 1900.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des Code Civil und des bürgerl. Gesetzbuchs, Berlin 1897.

Francke, Gerichtliche Aufhebung ehel. Gemeinschaft nach deutschem Reichsrecht, Archiv für die zivilistische Praxis, Band 98, Seite 441 ff.

* Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 6. Aufl., Leipzig 1909.

Fritze, Die Wirkungen der Ehetrennung und Ehescheidung für Ehegatten und Kinder im modernen skandinavischen Recht, Leipzig 1933.

Habicht, Internationales Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zum B.G.B., Berlin 1907.

Haff, Institutionen des deutschen Privatrechts, Band II. Familienrecht, Stuttgart 1934.

Hedemann, Eheliche Treue, in D.J.Z. 1907, Sp. 738.

* Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band I. Frankreich, 1932.

Heinze, Ehescheidung französischer und belgischer Staatsangehöriger in Deutschland, Berlin 1916.

Hinschius, Deutsches Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. II. 1875, 2. Aufl. Berlin 1876.

Knecht, Handbuch des katholischen Eherechtes, 1928.

Köstler, Das österreichische Konkordatseherecht, Wien 1937.

Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, III. Bd., 1. Tl., Familienrecht, Berlin 1915.

Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Tübingen 1881.

Lehmann, Familienrecht des B.G.B., Berlin 1926.

Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Berlin 1904, IV. Band.

Lewald, Das deutsche Internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1931.

Lewald, in Strupp's Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, 1. Band, Berlin 1924.

Lewin, Trennung von Tisch und Bett schweizerischer Ehegatten in Deutschland, Borna-Leipzig 1910.

Lingenberg, Die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach dem B.G.B., Bonn 1906.

Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen, Würzburg 1908.

Matthiass, Aufhebung der ehel. Gemeinschaft und Scheidung im Recht, 1903, Seite 2 ff.

Meili-Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich 1911.

Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes.

Nöthling, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Rostock 1904.

Nußbaum, Deutsches internationales Privatrecht, 1932

Oertmann, Civilistische Rundschau, im Archiv für bürgerl. Recht, Band 18, S. 358.

Olshausen, Ueber die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach dem B.G.B., im Archiv für bürg. Recht, Band 23, Seite 149 ff.

Patek, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach dem B.G.B., Frankfurt/O. 1902.

Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 8. Aufl., Leipzig 1886.

Ringwald, Können Oesterreicher vor deutschen Gerichten auf „Trennung von Tisch und Bett" klagen? Hersfeld 1917.

Sandoz, Das in Deutschland und Oesterreich geltende Ehescheidungsrecht und die Reformbestrebungen in beiden Ländern, 1933.

Saniter, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach dem B.G.B., Berlin 1908.

Seckel, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehel. Gemeinschaft nach dem B.G.B., in der Berliner Festgabe für Heinrich Dernburg, Berlin 1900.

Sperl, Das neueste österreichische Eherecht, in D.J.Z. 1935, Sp. 341 ff.

Stampa, Zeitschrift für Standesamtswesen, 1929, S. 239.

Stemmermann, Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B., Borna-Leipzig 1906.

Töpffer, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B., Guben 1903.

Triebs, Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechtes in Vergleichung mit dem deutschen staatlichen Eherecht, Breslau 1933.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 3. Aufl., Düsseldorf 1870.

* Wolff, Internationales Privatrecht, Berlin 1933.

* Wolff-Kipp, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Familienrecht 7. Bearbeitung, Marburg 1931.

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, 3. Band, Freiburg/Brsg. 1895.

Zitelmann, Internationales Privatrecht, 2. Band, München und Leipzig 1912.

II. Kommentare:

Baumbach, Zivilprozeßordnung, 10. Aufl. 1933.

Egger, Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, II. Bd., Familienrecht, Zürich 1933.

Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Auflage, 1934.

Haring, Kommentar zum neuen österreichischen Konkordat 1934.

Opet-Blume, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Familienrecht Berlin 1906.

Plancks Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, IV. Band, Familienrecht, 4. Aufl., 1928; VI. Band, Einführungsgesetz zum BGB., 3. Aufl. Berlin 1905.

Reichsgerichtsräte-Kommentar, 8. Auflage, IV. Band, Familienrecht, Berlin und Leipzig 1933.

Staudingers Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, IV. Bd. Familienrecht, 9. Aufl. 1926; VI. Band, Einführungsgesetz zum B.G.B., 2. Teil, 9. Aufl. 1931.

Warneyer, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, 2. Band, 2. Auflage, 1932.

III. Gesetzesmaterialien:

Motive der I. Kommission.

Protokolle der II. Kommission.

Bericht der XII. Kommission des Reichstags.

Mugdan, die gesamten Materialien zum BGB. Bd. 4.

IV. Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Mugdan und Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

A. Einleitung 1

B. I. Hauptteil 3

1. Kapitel: Kurzer geschichtlicher Abriß des Scheidungsrechtes vom gemeinen Recht (kanonischem Recht) bis zum B.G.B. . . . 3

2. Kapitel: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B., insbesondere Auseinandersetzung mit der Streitfrage: Wird durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe dem Bande nach aufgelöst? 8

C. II. Hauptteil: Rechtsvergleichender Teil 30

1. Kapitel: Die französische Séparation de corps 30

2. Kapitel: Die Trennung des schweizerischen Rechts 35

3. Kapitel: Die Trennung von Tisch und Bett im schwedischen Recht . 37

4. Kapitel: Die Scheidung von Tisch und Bett im österreichischen Recht 40

5. Kapitel: Die Trennung der Ehegatten nach italienischem Recht . . 49

6. Kapitel: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B. im Vergleich zu den ausländischen Rechten 51

7. Kapitel: Die Folgerungen für das internationale Privatrecht 55

D. III. Hauptteil: Die Frage der Reform der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 66

A. Einleitung.

Die Frage der Ehescheidung war zu allen Zeiten ein heiß umstrittenes Problem. Denn hier liegt neben dem übrigen Eherecht das Rechtsgebiet, welches die innigsten sittlichen Beziehungen der Menschen zu regeln sucht. Das Scheidungsrecht war daher stets ein Spiegelbild der jeweils herrschenden sittlichen, religiösen und kulturellen Anschauungen des Volkes. Der jahrhundertelange Kampf zwischen Kirche und Staat ist auch auf dem Gebiet des Scheidungsrechtes immer wieder entbrannt.

Der Gegensatz zwischen kirchlichem und weltlichem Recht in der Auffassung vom Wesen der Ehe hat bei der Beratung und Gestaltung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches ebenfalls eine entscheidende Rolle gespielt und schließlich zu einer Kompromißlösung geführt, zu der auch das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gehört, welches den Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden soll. Dieses Institut hat zwar — entgegen den Erwartungen seiner Schöpfer — seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches keine große praktische Bedeutung erlangt und ist weiten Volkskreisen bis heute unbekannt geblieben, es war jedoch — wenigstens in Juristenkreisen — immer wieder der Mittelpunkt lebhafter Erörterungen und Meinungsverschiedenheiten. Wenn mit der vorliegenden Arbeit das Schrifttum hierüber noch vermehrt werden soll, so hat dies den Zweck, einerseits einen Ueberblick über die verschiedenen Ansichten, die sich mit dem Wesen und den Wirkungen der gerichtlichen Aufhebung der ehel. Gemeinschaft befassen, zu geben und andererseits offensichtlich unrichtigen und unhaltbaren Behauptungen und Beweisführungen entgegenzutreten. Ferner soll an Hand der gesetzlichen Bestimmungen und in Vergleichung mit einigen ausländischen Rechten die Unzulänglichkeit und Reformbedürftigkeit gerade dieses Teils des geltenden Scheidungsrechtes dargelegt werden. Angesichts der bevorstehenden Neugestaltung des Scheidungsrechtes erscheint es angebracht, auch hier die Schwächen und Mängel des Institutes der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft klar herauszustellen und vor allem die Frage seiner Daseinsberechtigung im BGB. nach den gesetzgebungspolitischen und weltanschaulichen Gesichtspunkten zu prüfen. Auch der künftige Gesetzgeber wird sich mit dieser

Frage auseinanderzusetzen haben; denn es kann nicht seine Aufgabe sein, eine Einrichtung, die sich nicht bewährt und im Volk nicht Wurzel geschlagen hat, in das neue Recht zu übernehmen. Vielmehr muß ein Weg gefunden werden, der zu einer den Anschauungen und Bedürfnissen des Volkes in jeder Beziehung gerechtwerdenden Lösung der Probleme führt. Es soll daher am Schluß dieser Abhandlung noch der Versuch unternommen werden, einen gangbaren Weg für eine solche Neuregelung aufzuzeigen.

B. I. Hauptteil.

1. Kapitel:

Kurzer geschichtlicher Abriß.

Da der Gegenstand der vorliegenden Abhandlung, wie bereits in der Einleitung angedeutet wurde, in engem Zusammenhang mit dem kirchlichen Eherecht steht, ist es notwendig, der Behandlung des geltenden Reichsrechtes nach BGB. einen kurzen geschichtlichen Rückblick voranzustellen: denn das kanonische Recht hat die geschichtliche Entwicklung des gesamten Eherechtes wesentlich beeinflußt und ist auch der Ausgangspunkt der heutigen bürgerlich-rechtlichen „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft".

In Deutschland gelangte das kanonische Recht gleichzeitig mit der Rezeption des römischen Rechts (im 15./16 Jhdt.) zu gemeinrechtlicher Geltung, nachdem es schon lange vórher in der kirchlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen Anwendung gefunden hatte.[1] Denn damals lag den kanonischen Grundsätzen entsprechend sowohl die Ehegesetzgebung als auch die Ehegerichtsbarkeit in den Händen der Kirche.[2] Die Einrichtung der Ehe ist nach der im Mittelalter ausgebildeten und in den Beschlüssen des Konzils von Trient (1563) festgelegten Lehre der katholischen Kirche ein von Gott eingesetztes Sakrament[3]. Daher können die Ehegatten über die Dauer der Ehe nicht frei verfügen. Die Ehescheidung wird gemäß dem Bibelwort: „Was Gott zusammengefügt, das soll der Mensch nicht scheiden" von der Kirche grundsätzlich verworfen. Dagegen gewährt das kanonische Recht, um den praktischen Lebensbedürfnissen entgegenzukommen, als Ersatz für die Scheidung dem Bande nach die Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett (Separatio tori, mensae et habitationis), durch welche eine Auflösung des Ehebandes nicht eintritt (manente vinculo), sondern nur eine Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft herbeigeführt wird.[4]

Der einzige rechtmäßige Grund für eine dauernde Trennung von Tisch und Bett (Separatio perpetua) ist nach kanonischem

[1] Enneccerus-Kipp-Wolff, Allgem. Teil, Seite 15.

[2] vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd. S. 780, und Friedberg, Lehrbuch des kath. und evang. Kirchenrechts, S. 508.

[3] vgl. Triebs, Handbuch des geltenden kan. Eherechts, S. 32; die Lehre von der Sakramentseigenschaft der Ehe hat die mittelalterl. Scholastik begründet, vgl. Friedberg Seite 415.

[4] vgl. Lewin, Trennung von T. u. B. schweiz. Ehegatten, S. 22.

Recht[5] der Ehebruch, sowie andere dem Ehebruch gleichgestellte fleischliche Vergehen (z. B. die Sodomie) eines Ehegatten[6]. Der unschuldige Teil kann sich entweder eigenmächtig (propria auctoritate) trennen oder durch ein Urteil des geistlichen Gerichts die Trennung herbeiführen. Das Recht, die körperliche Trennung zu verlangen, ist jedoch nicht gegeben, wenn der die Trennung begehrende Teil dem Ehebruch des andern zugestimmt oder bei ihm mitgewirkt hat; denn damit hat der Ehegatte zum Ausdruck gebracht, daß er sich durch das Verhalten des andern nicht verletzt fühlt. Ebenso entfällt das Recht auf Trennung, wenn der Ehebruch verziehen worden ist oder auch der andere Ehegatte selbst einen Ehebruch begangen hat. Im letzteren Falle heben sich also nach kirchlichem Recht die beiderseitigen Ehebrüche auf (Kompensationsgrundsatz)[7]. Ist die Trennung rechtmäßig erfolgt, so ist der unschuldige Ehegatte niemals mehr verpflichtet, mit dem andern Gatten wieder zusammenzuleben.[8] Der unschuldige Teil kann jedoch jederzeit freiwillig die eheliche Gemeinschaft wieder aufnehmen; dann muß der ehebrecherische Gatte diesem Verlangen grundsätzlich Folge leisten.[9]

Daneben kennt das kanonische Recht eine zeitweilige Trennung der Ehegatten. Diese wird zugelassen beim förmlichen Uebertritt eines Gatten zu einer nicht katholischen Sekte, bei akatholischer Erziehung der Kinder, bei verbrecherischem oder ehrlosem Lebenswandel, ferner bei Vorliegen von Verhältnissen, welche eine schwere Gefahr für Leib und Seele eines Ehegatten bedeuten, und bei Mißhandlungen, die das eheliche Zusammenleben unerträglich machen. Diese Aufzählung ist jedoch nicht erschöpfend, sodaß auch andere ähnliche Verfehlungen eines Ehegatten, die mit ernsten Gefahren für den Mitgatten verbunden sind, zur Trennung berechtigen. In diesen Fällen kann der unschuldige Teil die häusliche Gemeinschaft nur dann eigenmächtig aufheben, wenn er über den Trennungsgrund Gewissheit hat und außerdem Gefahr im Verzug ist. Im übrigen erfolgt die Trennung durch ein Dekret des geistlichen Richters auf bestimmte oder unbestimmte Zeit. Außerdem haben diese Trennungsgründe — im Gegensatz zur Separatio perpetua bei Ehebruch — nur relative Wirkung: wenn nämlich der Aufhebungsgrund später

---

[5] dargestellt ist im folg. das Recht des heute maßgebenden Codex juris Canonici von 1917 (canon 1128 ss.), welches im wesentlichen — was die Separatio anbelangt — auf den Beschlüssen des Konzils von Trient aufgebaut ist, vgl. Ringwald, Seite 44.

[6] vgl. Triebs, a. a. O. S. 733 und Lewin S. 23.

[7] Lewin, S. 23.

[8] vgl. Ringwald S. 44.

[9] vgl. Triebs, a. a. O. S. 733.

wegfällt, sich z. B. der andere Ehegatte gebessert hat, muß die eheliche Gemeinschaft wieder aufgenommen werden. Ist die Trennung vom geistlichen Gericht ausgesprochen worden, so besteht diese Verpflichtung für den unschuldigen Gatten erst dann, wenn es das Dekret verlangt oder die im Dekret bestimmte Trennungszeit vorüber ist. [10]

Die Trennung von Tisch und Bett hat zur Folge, daß die Ehefrau einen eigenen, selbständigen Wohnsitz begründen kann. Die Kinder sollen grundsätzlich bei dem unschuldigen Ehegatten auf Kosten des schuldigen erzogen werden. Bei der dauernden Trennung hat außerdem eine Vermögensauseinandersetzung stattzufinden. Die Separatio perpetua des kanonischen Rechts wirkt also hinsichtlich der Frage der Wiederverheiratung und der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft als bloße Trennung, hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verhältnisse, der elterlichen Gewalt und der Kindererziehung wie die Scheidung.

Die Geltung dieser kirchlichen Lehre wurde im Reformationszeitalter eingeschränkt. Die Lehre Luthers brachte für die Ehen der Protestanten das Institut der Scheidung dem Bande nach zur Anerkennung. Denn nach Luthers Auffassung ist die Ehe kein Sakrament, sondern „ein weltlich Ding", und deshalb die weltliche Obrigkeit befugt, das Eherecht zu regeln und Ehen zu scheiden [11]. Zunächst war sogar die Selbstscheidung der Ehegatten ohne behördliche Mitwirkung zugelassen; von den Reformatoren wurde die Auffassung vertreten, daß bestimmte Gründe, vor allem Ehebruch und böswilliges Verlassen eines Ehegatten, die Ehe ipso jure auflösen und wie der Tod eines Gatten wirken.[12] Da diese Regelung jedoch schwere Mißstände, insbesondere Doppelehen, zur Folge hatte, wurde die Selbstscheidung noch zu Luthers Zeiten verboten. Schließlich konnte die Auflösung der Ehe nur durch richterliches Urteil aus bestimmten gesetzlichen Gründen im Scheidungsprozeß ausgesprochen werden. [13] Daneben bestand allerdings in manchen Gebieten auch ein landesherrliches Scheidungsrecht; solche Ehen, welche von den Gerichten nicht geschieden werden konnten, löste der Landesherr durch Reskript aus Billigkeit auf. [14]

Zur Zeit der Aufklärung wurde die Ehe als ein rein bürgerlichrechtliches Vertragsverhältnis (Contractus civilis) angesehen. Es herrschte die Ansicht, daß, wenn dieser Vertrag einseitig gebro-

[10] vgl. Triebs, a. a. O. S. 730.
[11] vgl. Ringwald, a. a. O. S. 45.
[12] vgl. Friedberg, S. 512.
[13] vgl. Friedberg, S. 417.
[14] vgl. Richter, Lehrb. d. kath. u. evang. Kirchenrechts S. 1179 und Triebs, S. 739.

chen würde, es auch erlaubt sein müsse, einen solchen Vertrag zu lösen, also zur Scheidung zu schreiten. Damit wurde der Ehescheidung Tür und Tor geöffnet. Der deutlichste Niederschlag dieser scheidungsfreundlichen Auffassung findet sich im Preußischen Allgemeinen Landrecht vom Jahr 1794[15], welches als Scheidungsgründe neben Ehebruch, böswilligem Verlassen, Impotenz, Lebensnachstellung u. a. auch unüberwindliche Abneigung und gegenseitige Einwilligung anerkannte. Die Ehescheidung konnte nur durch Richterspruch erfolgen. Da beim Erlaß des Allgemeinen Landrechts die Ehegerichtsbarkeit über Katholiken in den meisten preußischen Provinzen noch in Händen der geistlichen Gerichte lag, wurde im II. Teil § 734 A.L.R. bestimmt, daß alle bürgerlichen Wirkungen einer gänzlichen Ehescheidung eintreten, wenn unter katholischen Ehegatten von einem geistlichen Gericht auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkannt werde.[16] Es wurde somit dem Gewissen des einzelnen Katholiken überlassen, ob er entgegen den Grundsätzen seiner Kirche nach erfolgter Trennung eine neue Ehe eingehen wollte oder nicht; nach weltlichem Recht hatte er jedenfalls die Möglichkeit, sich wieder zu verheiraten. Außerdem durften die staatlichen Gerichte in den Fällen der konfessionellen Mischehen nur auf Scheidung erkennen (§ 733 A.L.R.). Damit war das Institut der Trennung von Tisch und Bett für die staatlichen Gerichte beseitigt. Im übrigen war im Laufe des 19. Jahrhunderts die weitere Rechtsentwicklung in den einzelnen deutschen Staaten durchaus verschieden.

In dem nach den Befreiungskriegen erstarkten preußischen Staat wurde im Jahre 1849 der Kirche die Gerichtsbarkeit in Ehesachen entrissen und den weltlichen Gerichten übertragen, welche gemäß den Bestimmungen des A.L.R. nur auf Ehescheidung erkennen konnten.[17]

In Baden wurde im Jahre 1809 eine Uebersetzung des französischen Code civil als „Badisches Landrecht" eingeführt.[18] Außerdem galt der Code civil in allen linksrheinischen deutschen Gebieten. Nach diesem Gesetz waren ebenfalls die staatlichen Gerichte für die Entscheidungen in Ehesachen allein zuständig und kirchliche Verfügungen für den staatlichen Bereich unwirksam; aber neben der Scheidung der Ehe dem Bande nach war wahlweise auch die Möglichkeit gegeben, auf bloße Trennung

---

[15] dies ist die erste deutsche staatliche Kodifikation, die das Scheidungsrecht interkonfessionell regelte und das gemeine Recht aufhob.

[16] vgl. Friedberg, S. 508.

[17] vgl. Friedberg, Seite 508, Anm. 40.

[18] vgl. Behaghel, das Badische Bürgerliche Recht und der Code Napoléon, 1. Band, Seite 12.

zu klagen, bei welcher entsprechend der kanonischen Separatio die eheliche Lebensgemeinschaft aufgehoben wird, das Eheband jedoch bestehen bleibt. Nach dem badischen Landrecht war also für die Katholiken ein Ersatz für die kanonische Trennung von Tisch und Bett im weltlichen Recht geschaffen.

In Württemberg und Bayern dagegen hatte sich die geistliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen erhalten. Für Ehestreitigkeiten zwischen katholischen Ehegatten waren in Württemberg die bischöflichen Ordinariate, in Bayern die bischöflichen Konsistorien zuständig [19], und somit war in diesen Ländern für die Katholiken das kanonische Recht allein maßgebend.

Auch in Sachsen war die Gerichtsgewalt der kirchlichen Behörden in weitem Umfang bestehen geblieben.[20] Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom Jahre 1865 bestimmte, daß, wenn beide Ehegatten der katholischen Kirche angehören, an die Stelle der Scheidung Trennung von Tisch und Bett trete; auf diese mußte nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts entweder auf Zeit oder Lebenszeit erkannt werden.[21] Die beständige Trennung von Tisch und Bett hatte nach diesem Gesetz alle Wirkungen der Ehescheidung, nur die Befugnis zur Eingehung einer neuen Ehe war ausgenommen. [22]

Diesem uneinheitlichen Rechtszustand wurde schließlich nach der Reichsgründung ein Ende bereitet. Durch Reichsgesetz vom 6. Februar 1875, dem sogenannten Personenstandsgesetz, welches aus dem kulturkämpferischen Geiste der damaligen Zeit entstanden ist, wurden die Reste der kirchlichen Gerichtsbarkeit für das ganze Reichsgebiet aufgehoben und in allen Fällen von Ehestreitigkeiten die bürgerlichen Gerichte für ausschließlich zuständig erklärt.[23] Ferner wurde in diesem Gesetz angeordnet, daß anstelle der ständigen Trennung von Tisch und Bett nur noch auf Ehescheidung erkannt werden dürfe (§ 77 des P.St.G.) [24]. Diese Bestimmung erfolgte in innerem Zusammenhang mit der gleichzeitigen Einführung der bürgerlichen Eheschließungsform: denn der Staat wollte im Rahmen der obligatorischen Zivilehe folgerichtig kirchliche Satzungen auf dem Gebiet des Eherechts

---

[19] vgl. Lang, Handbuch des im Königr. Württemberg geltenden Personen-, Familien- u. Vormundschaftsrechts S. 429 und Hinschius, Komm. zum Pers.-Standsgesetz S. 197.

[20] vgl. Hinschius, Seite 197.

[21] § 1766 des sächsischen Gesetzbuchs; Ringwald Seite 47.

[22] § 1767 des sächsischen Gesetzbuchs.

[23] vgl. § 76 des Pers.-Standsgesetzes.

[24] vgl. Friedberg, Seite 509; die zeitweilige Trennung v. T. u. B. blieb, soweit sie landesrechtlich bestand, aufrechterhalten, vgl. Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 8 ff.

nicht mehr anerkennen. Somit war die kanonische Separatio perpetua aus dem weltlichen Recht völlig verschwunden.

2. Kapitel:

Geltendes Recht.

Die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft nach B.G.B.

Mit der Regelung des Personenstandsgesetzes konnte sich die katholische Kirche von ihrem grundsätzlichen Standpunkte aus nicht einverstanden erklären. Sie hat vielmehr nach wie vor die Forderung erhoben, ihr Dogma von der Unauflöslichkeit der Ehe auch im weltlichen Recht zu berücksichtigen, zumal seit Inkrafttreten des Personenstandsgesetzes die von den kirchlichen Behörden in Ehesachen der Katholiken getroffenen Entscheidungen für den staatlichen Bereich keine Geltung mehr besaßen. Immer wieder wurde von kirchlicher Seite betont, es sei für die Katholiken Deutschlands ein unhaltbarer Rechtszustand, wenn das staatliche Recht ihnen, um von einer zerrütteten Ehe loszukommen, nur das Institut der Scheidung zur Verfügung stelle, obwohl eine solche nach den kirchlichen Vorschriften unzulässig sei. Die Bestrebungen der Kirche, eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen herbeizuführen, traten besonders deutlich bei der Beratung und Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches in den Jahren 1881 bis 1896 zu Tage. Die Vertreter der Kirche fanden hierbei Gelegenheit, ihren konfessionellen Standpunkt eingehend darzulegen.[25] Nach langen Beratungen und Auseinandersetzungen gelang es ihnen, der kirchlichen Lehre zu einem teilweisen Sieg zu verhelfen und Zugeständnisse seitens des staatlichen Rechts an die katholische Rechtsanschauung durchzusetzen. Als Ergebnis der Verhandlungen kam nämlich ein Vergleich zwischen der Auffassung des Staates und dem kirchlichen Dogma zustande: das Institut der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft, welches den Katholiken ermöglichen sollte, die Lösung der ehel. Gemeinschaft in einer Weise zu erwirken, die sie nicht in Widerstreit mit ihren kirchlichen Pflichten bringt.[26] Das B.G.B. hat damit den grundsätzlichen Standpunkt des Personenstandsgesetzes aufgegeben und gegenüber der katholischen Kirche Entgegenkommen gezeigt. Andererseits hat das staatliche Recht keineswegs die Trennung von Tisch und Bett des kanonischen Rechts einfach übernommen, sondern neben der Ehescheidung eine Einrichtung geschaffen, welche zwar als Ersatz der Separatio perpetua dienen soll, sich aber in mannigfacher Beziehung von dieser unter-

[25] vgl. Lizius, a. a. O. S. 8.

[26] Näheres über die Entstehungsgeschichte unten Seite 20 ff.

scheidet.[27] Die einschlägige Bestimmung (§ 1575 B.G.B.) ist — wenigstens nach außen — des katholisch-kirchlichen Charakters vollständig entkleidet; sie lautet:

> „Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen. Beantragt der andere Ehegatte, daß die Ehe, falls die Klage begründet ist, geschieden wird, so ist auf Scheidung zu erkennen."

Danach hat also der unschuldige Ehegatte ohne Rücksicht auf seine Konfession die Wahl zwischen Ehescheidung und Aufhebung der ehel. Gemeinschaft. Dieselben Gründe, die zur Scheidung berechtigen und im Gesetz einzeln aufgezählt sind, geben auch das Recht, gerichtliche Aufhebung der ehel. Gemeinschaft zu verlangen. Dieses Recht ist aber dadurch stark abgeschwächt, daß das Gericht nur mit Einverständnis des schuldigen Teils auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft erkennen kann; sobald dieser ausdrücklich die Scheidung wünscht, muß die Ehe geschieden werden, falls die Klage begründet ist und nicht zurückgenommen wird. Ist durch Urteil eheliche Gemeinschaft aufgehoben, weil auch der schuldige Teil zunächst nicht geschieden sein wollte, so hat ein solches Urteil auch nur so lange Bestand, als Einverständnis unter den Ehegatten herrscht. Wenn einer der Ehegatten später die gänzliche Scheidung vorzieht, kann er jederzeit die Umwandlung des Aufhebungsurteils in ein Scheidungsurteil beantragen (§ 1576 Abs. 1 B.G.B.). Bei dieser Umwandlung wird die Schuldfrage nicht mehr neu geprüft, sondern der im ersten Urteil für schuldig erklärte Gatte ist auch im Scheidungsurteil für schuldig zu erklären. Die Scheidung muß auf jeden Fall bewilligt werden, selbst auf Antrag des schuldigen Teils, sofern nur nicht nach Erlaß des ersten Urteils die eheliche Gemeinschaft wieder aufgenommen worden ist.[28]

Schon diese Bestimmungen zeigen, daß das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf ziemlich schwachen Füßen steht. Während nach kanonischem Recht auf Antrag des unschuldigen Ehegatten nur die Trennung von Tisch und Bett ausgesprochen werden kann und eine Auflösung der Ehe dem Bande nach überhaupt nicht in Frage kommt, ist nach B.G.B. die Umwandlung des Aufhebungsurteiles in Scheidung ganz in das Belieben der Parteien gestellt. Diese starke Abweichung vom kanonischen Recht hat deshalb auch verschiedentlich die Frage auftauchen lassen, ob sich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. von der kanonischen Separatio perpetua nicht

[27] vgl. Haff, Institutionen des deutschen Privatr., II. Bd. S. 64; Lizius, Seite 8.

[28] vgl. R.G.Z. 105, S. 140.

auch in der Richtung unterscheidet, daß bei ersterer die Ehe dem Bande nach aufgelöst wird. Diese Auffassung wurde durch die etwas ungenaue Fassung des § 1586 B.G.B. noch bestärkt, der folgenden Wortlaut hat:

> „Wird nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, so treten die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein; die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen. Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil nicht ergangen wäre."

Um die Auslegung dieser Bestimmung entbrannte alsbald nach Inkrafttreten des B.G.B. ein lebhafter Meinungsstreit, und es ist festzustellen, daß über das Wesen und insbesondere über die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch heute noch keine einheitliche Auffassung besteht. Daher hat sich die vorliegende Abhandlung zum Ziele gesetzt, sich mit den verschiedenen Ansichten, die über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bestehen, auseinanderzusetzen und vor allem zu der Frage, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung des Ehebandes bewirkt, Stellung zu nehmen.

Die Vertreter der Meinung, die dahin geht, daß durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 B.G.B. die Ehe dem Bande nach gelöst werde — Hauptvertreter Seckel [29] — stützen sich vor allem auf den Wortlaut des § 1586 B.G.B. Dort sei ausdrücklich gesagt, daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten; die Hauptwirkung der Scheidung sei aber die Auflösung der Ehe (§ 1564 Satz 3 B.G.B.) [30]. Die Gegenseite [31] behauptet, man dürfe den Satz 1 Halbsatz 1 des § 1586 nicht isoliert betrachten, vielmehr gehe aus dem Verbot der Wiederverheiratung in Halbsatz 2 eindeutig hervor, daß die alte Ehe nicht aufgelöst sei; der Halbsatz 1 werde also dadurch insoweit eingeschränkt, als gerade die Hauptwirkung der Scheidung, die Eheauflösung, bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht eintrete.

So scheint der § 1586 B.G.B. weder für die eine noch die andere Auffassung eine sichere Grundlage zu bilden. Die Seckelsche Auffassung kommt aber schon in erhebliche Schwierigkeiten bei der Frage, wie das Verbot der Eingehung einer neuen Ehe zu begründen ist. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung stellt Seckel [32] den Satz auf, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft

---

[29] Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehel. Gemeinschaft nach B.G.B. Berlin 1900, in der Festgabe für Dernburg.

[30] vgl. Kipp-Wolff, Familienrecht, Seite 138; auch Oertmann hat sich dieser Auffassung angeschlossen (Bürg. Archiv 18/338).

[31] Hauptvertreter Engelmann in Staudingers Kommentar.

[32] a. a. O. Seite 352.

bewirke die Aufhebung der Ehe, diese sei dem Bande nach fast völlig geschieden, nicht das Band der Ehe bestehe weiter, sondern nur ein Band, und dieses eine rein negative Restband hindere die Eingehung einer neuen Ehe; insofern sei die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft der kanonischen Separatio ähnlich. Hier liegt bereits der Hauptirrtum Seckels. Denn es gibt wohl mehrere Rechtsfolgen der Ehe, aber nur ein Eheband. Dieses eine Eheband entsteht mit dem Akt der Eheschließung und erzeugt zahlreiche im Gesetz verankerte Rechtswirkungen (vgl. §§ 1353 ff. B.G.B.). Das Fortbestehen des Ehebandes wird jedoch nicht dadurch beeinträchtigt, daß infolge besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse einzelne der normalen Ehewirkungen in Wegfall kommen. Dies zeigt sich deutlich bei einem der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1353 B.G.B. ähnlichen Fall, nämlich bei dem Getrenntleben der Ehegatten gemäß § 1361 B.G.B. Hier ist eine Reihe von Rechtsfolgen, die mit dem Rechtsverhältnis der Ehe grundsätzlich verbunden sind, beseitigt, insbesondere die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 B.G.B.) aufgehoben, und dennoch wird dadurch das Band der Ehe nicht berührt. Solange noch irgendwelche Rechtswirkungen, welche aus dem Eheband entspringen, vorhanden sind, ist das Eheband eben nicht gelöst. Daher ist es ein Unding, zu behaupten, daß die Ehe mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zwar aufgelöst werde, aber in Hinsicht auf die Eingehung einer neuen Ehe unaufgelöst fortbestehe und die Ehegatten in gedachter Hinsicht auch weiterhin als verheiratet gelten [33]. In den gleichen Widerspruch gerät auch Wolff [34], wenn er ausführt, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft löse die Ehe auf, lasse jedoch nach drei Richtungen das Eheband bestehen. Hier werden offensichtlich die Begriffe „Eheband" und „Ehewirkung" verwechselt: denn richtig müßte es heißen: das Eheband bleibt bestehen, und diese Tatsache äußert sich in den drei Rechtsfolgen, welche in den §§ 1586/87 B.G.B. festgelegt sind.

Auf Grund der Fiktion des „Restbandes" [35] kommt Seckel zu dem Ergebnis, daß die entgegen dem Verbot des § 1586 B.G.B. neu geschlossene Ehe nach § 1326 B.G.B., also wegen Doppelehe, nichtig und nach § 171 St.B.G. strafbar ist. Damit liegt der innere Widerspruch der Seckel'schen Auffassung klar auf der Hand: obwohl dieser zuerst behauptet, die alte Ehe sei infolge der Auf-

[33] so Seckel, a. a. O. Seite 375.

[34] Kipp-Wolff, a. a. O. Seite 138.

[35] wie Lehmann, Familienrecht Seite 178 richtig bemerkt, ist sie ein Ergebnis „überspitzer Logik" und zumindest eine sehr gekünstelte Auffassung.

hebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst, muß er nachher zugestehen, daß bei Abschluß einer neuen Ehe Doppelehe vorliegt, also die alte Ehe dem Bande nach fortbesteht. Seckel hat zwar richtig erkannt, daß sich das Verbot der Wiederverheiratung einzig und allein daraus erklären läßt, daß die alte Ehe rechtlich bestehen bleibt, er hat aber nicht die sich daraus ergebende notwendige Folgerung gezogen, den Halbsatz 1 Satz 1 des § 1586 hinsichtlich der Wirkungen der A. d. e. G. entsprechend einzuschränken.

Um dem Widerspruch der Seckelschen Auffassung zu entgehen, wurde auch schon der Versuch gemacht, aus der Bestimmung des § 1586 eine „Scheidung mit Eheverbot" herzuleiten.[36] Diese Lehre geht dahin, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die vollkommene Auflösung der Ehe, somit den Eintritt sämtlicher mit der Scheidung verbundenen Wirkungen, zur Folge habe, nur das in § 1586 ausgesprochene Eheverbot sei eine Ausnahme von der an sich mit der Scheidung verknüpften Wirkung der Eheauflösung; eine im Widerspruch mit § 1586 eingegangene Ehe sei daher keine Doppelehe im Sinne von § 1309 B.G.B., sondern lediglich eine Uebertretung der von § 1309 unabhängigen Verbotsvorschrift des § 1586. Behr[37] ist der Ansicht, daß mit dieser Regelung auf die Lehre der katholischen Kirche, der man ein Zugeständnis habe machen wollen, genügend Rücksicht genommen sei. Denn der Kern der religiösen Bedenken der Katholiken liege in der durch die Scheidung ermöglichten Eingehung einer neuen Ehe, nicht in der Auflösung der Ehe.

Diese Behauptung verkennt jedoch durchaus das seit dem Konzil von Trient festgelegte Dogma der katholischen Kirche. Denn nach kirchlicher Lehre hat Christus die Ehe zu einem Sakrament erhoben, und aus dieser Sakramentsnatur ergibt sich die Unauflöslichkeit der christlichen Ehe.[38] Sobald die Ehe vollzogen ist, gilt das Wort: „Was Gott zusammengefügt, soll der Mensch nicht scheiden." Das Verbot der Eingehung einer neuen Ehe ist lediglich die aus der Unauflöslichkeit der Ehe abgeleitete sekundäre Folgerung.

Abgesehen von dieser falschen Auslegung der kirchlichen Lehre, führt Behr noch aus einem andern Grund seine Auffassung hinsichtlich des Eheverbotes des § 1586 selbst ad absurdum. Da er bei Eingehung einer neuen Ehe nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das Vorliegen einer Doppelehe verneint, so ist folgerichtig die neue Ehe auch nicht gemäß § 1326 B.G.B.

---

[36] Behr, Archiv für Bürg. Recht Band 25, Seite 15 ff.
[37] Behr, a. a. O. Seite 15.
[38] vgl. Knecht, a. a. O. Seite 65, und oben Seite 3.

nichtig. Als einzige gesetzliche Bestimmung, auf welche die Nichtigkeit der zweiten Ehe gestützt werden könnte, käme § 134 B.G.B. in Betracht. Da aber § 1323 B.G.B. ausdrücklich bestimmt, daß eine Ehe nur in den Fällen der §§ 1324 bis 28 nichtig ist, kann § 134 B.G.B. keine Anwendung finden; denn aus den §§ 1323 bis 28 B.G.B. ergibt sich „etwas anderes" (vgl. § 134).

Behr kommt also zu dem Ergebnis, daß die neue Ehe trotz der Vorschrift des § 1586 gültig sei, da § 1586 nur eine lex imperfecta darstelle, die weder Nichtigkeit noch eine Strafe für Zuwiderhandlung androhe![39] Dieses Ergebnis steht jedoch in direktem Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes. Denn nach der Auffassung Behrs ist die Wiederverheiratung nach gerichtlicher Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gerade nicht ausgeschlossen, sondern straflos möglich. Wenn aber das Gesetz an anderen Stellen ausspricht, daß ein Recht „ausgeschlossen" sei, so sind diese Bestimmungen stets leges perfectae, d. h. bei Außerachtlassung der Vorschriften tritt Nichtigkeit ein.[40] Es ist kein Grund einzusehen, weshalb hievon § 1586 B.G.B. eine Ausnahme machen sollte. Außerdem würde, wenn die Lösung Behrs richtig wäre, das auch von ihm zugegebene Entgegenkommen gegenüber der Lehre der katholischen Kirche nur zum Schein auf dem Papier stehen; denn in Wirklichkeit wäre die Ehe dem Bande nach geschieden und auch die Wiederverheiratung der Ehegatten möglich. Schon aus diesen Gründen ist der Auffassung, die in der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft keine Auflösung des Ehebandes erblickt, der Vorzug zu geben.

Auch der § 1587 B.G.B. spricht für die Richtigkeit dieser Ansicht:

> „Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wieder hergestellt, so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein."

Die Ehegatten haben es also in der Hand, die Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft jederzeit zu beseitigen und die Ehe wieder zu einer in jeder Beziehung vollwirksamen zu gestalten. Dies geschieht durch formlose Wiedervereinigung mit dem gegenseitigen Willen, die eheliche Gemeinschaft wieder dauernd aufzunehmen.[41] Auch diese Bestimmung läßt sich nur damit erklären, daß die alte Ehe dem Bande nach noch besteht. Denn hätte die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösung der Ehe zur Folge, so müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß § 1587 B.G.B. eine Durchbrechung des Grundsatzes

[39] Behr, a. a. O. Seite 32.
[40] vgl. z. B. §§ 1338, 1584 Abs. 2, 1933 BGB.
[41] vgl. Plancks Komm. z. BGB., Bd. IV Anm. 2 zu § 1587.

der obligatorischen Zivilehe enthält.[42] Nach § 1317 B.G.B. kann nämlich eine Ehe nur dadurch geschlossen werden, daß die Verlobten vor dem Standesamt persönlich erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Nach § 1587 B.G.B. könnte also eine aufgelöste Ehe ohne jede Förmlichkeit wiederhergestellt und damit eine neue Ehe geschlossen werden.

Diese Schlußfolgerung wird von einigen Vertretern der Auflösungstheorie in der Tat gezogen. So ist nach der Ansicht Behr's[43] die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft lediglich „eine zu Gunsten dieser Auflösungsform — nämlich der Aufhebung der ehel. Gemeinschaft — eingeführte Erleichterung". Ihre Rechtfertigung finde sie darin, daß die Auflösung der Ehe durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenüber der Scheidung eine mildere Art darstelle. Patek[44] spricht von einem „theoretischen Schönheitsfehler" des Gesetzes, es sei jedoch nicht einzusehen, warum das Gesetz auf die Formerfordernisse für die Eingehung der Ehe nicht in diesem besonderen Fall sollte verzichten können. Auch Opet[45] erblickt in der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft eine Eheschließungsform, und zwar „eine freier gestaltete Zivilehe".

Zur Begründung seiner Auffassung führt Behr[46] noch ins Feld, daß es der Vorschrift des § 1587 B.G.B. garnicht bedürfe, wenn die frühere Ehe durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht aufgelöst worden wäre; denn aus der Nichtauflösung der Ehe würde sich von selbst ergeben, daß durch die Aufhebung der Trennung die Ehe wiederhergestellt sei. Dies ist jedoch m. E. nicht richtig. Denn es ist immerhin eine seltene Erscheinung im Gesetz, daß die Wirkungen eines richterlichen Gestaltungsurteils, also eines staatlichen Aktes, durch bloße private Vereinbarung der Parteien wieder aufgehoben werden können, wie dies in § 1587 B.G.B. der Fall ist. Es ist daher keineswegs selbstverständlich, daß eine formlose Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft die Aufhebungswirkungen beseitigen kann, auch wenn die Ehe dem Bande nach fortbesteht. Dies mußte vielmehr vom Gesetzgeber ausdrücklich hervorgehoben werden.

Zu welch abwegigen und unsinnigen Ergebnissen die Auffassung führt, die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1587 B.G.B. sei eine besondere Form der Eheschließung, zeigt auch die weitere Folgerung Behrs[47], daß die nach dem Ge-

---

[42] vgl. Engelmann, in Staud. Komm. Anm. II, 2b zu § 1586.
[43] Behr, a. a. O. Seite 36
[44] vgl. Patek, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufh. der ehelichen Gemeinschaft Seite 12.
[45] Opet, Das Familienrecht des BGB., Anm. 4 zu § 1587.
[46] a. a. O. Seite 37.
[47] a. a. O. Seite 46.

setz für die Ehe geltenden Bestimmungen auf die nach § 1587 B.G.B. neugeschlossene Ehe keine unmittelbare, sondern nur entsprechende Anwendung finden könnten, da die neue Ehe nicht in der Form des § 1317 geschlossen worden sei. Daraus ergibt sich eindeutig die Unhaltbarkeit dieser Konstruktion: denn es kann niemals der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, gleichsam zwei Arten von Ehen zu schaffen, von denen nur die eine den eherechtlichen Bestimmungen des B.G.B. unmittelbar unterstehen, die andere dagegen ihren gesetzlichen Inhalt erst auf dem Wege der Analogie erhalten sollte! Für eine solche Unterscheidung würde jede innere Berechtigung fehlen. Vielmehr ist schon aus dem Wortlaut des § 1587 zu entnehmen, daß es sich bei der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht um die Eingehung einer neuen, sondern um die volle Wiederherstellung der alten, dem Bande nach noch bestehenden Ehe handelt. Hätte das Gesetz mit dieser Bestimmung eine zweite von § 1317 abweichende Eheschließungsform aufstellen wollen, so hätte § 1587 B.G.B. ganz anders gefaßt werden müssen. Das Gesetz hätte zumindest hervorheben müssen, daß § 1324 B.G.B., wonach eine Ehe nichtig ist, wenn bei der Eheschließung die im § 1317 vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist, in diesem Fall nicht Platz greift.

Wenn schließlich Seckel[48] meint, daß das Gesetz ja auch die Wiederverheiratung von Geschiedenen hätte erleichtern können, so ist ihm zu erwidern, daß diese Ansicht zwar theoretisch richtig ist, aber das B.G.B. in Wirklichkeit eben keine solche Bestimmung enthält.

Ebenso geht aus § 1586 Satz 2 B.G.B. die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung hervor. Er lautet:

> „Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil (auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft) nicht ergangen wäre."

Es kommt also auch noch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft § 1329 B.G.B. zur Anwendung, wonach die Nichtigkeit einer Ehe, solange sie nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann. Das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft tritt damit in einen bewußten Gegensatz zur Scheidung; denn nach erfolgter Scheidung bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit keiner Klage mehr. Auch bezügl. der Anfechtungsfrage besteht dieser Unterschied zwischen Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Nach § 1338 B.G.B. ist nämlich die Anfechtung der Ehe grundsätzlich ausgeschlossen, wenn

[48] a. a. O. Seite 338.

die Ehe aufgelöst ist. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dagegen schließt nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1586 Satz 2 das Anfechtungsrecht keineswegs aus. Da sowohl die Nichtigkeits- wie auch die Anfechtungsklage — abgesehen von dem Ausnahmefall des § 1338 — eine bestehende Ehe voraussetzt, so ist aus § 1586 Satz 2 zu entnehmen, daß die Ehe durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eben nicht aufgelöst wird.[49]

Seckel gerät mit seiner Lehre vom „Restband" bei der Auslegung dieser Bestimmung in den gleichen Widerspruch wie bei dem Verbot der Wiederverheiratung. Auch er muß zugeben, daß § 1586 Satz 2 eine bestehende Ehe voraussetzt. Da aber nach seiner Grundauffassung die Ehe dem Bande nach „fast völlig" geschieden ist, muß er wiederum zu einer Fiktion greifen: obwohl die Ehe durch das Aufhebungsurteil im übrigen aufgelöst sei, gelte sie hier nicht als aufgelöst.[50] Das zurückbleibende Restband gebe die Möglichkeit, die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe, d. h. des Restbandes, geltend zu machen. Gegen diese Auffassung spricht aber, wie schon oben betont, daß die Ehe nicht aus mehreren Bändern besteht[51] und daß sie deshalb entweder ganz aufgelöst wird oder dem Bande nach fortbesteht.

In richtiger Erkenntnis dieser Tatsache hat daher Behr[52] — und offenbar auch Patek[53] — einen anderen Weg beschritten, um die Weitergeltung der Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit der Auflösung der Ehe in Einklang zu bringen. Er erblickt nämlich — um die Anfechtung herauszugreifen — in § 1586 Satz 2 eine Ausnahmebestimmung von der Normalregel des § 1338 B.G.B. Während also sonst nach erfolgter Auflösung der Ehe eine Anfechtung nicht mehr möglich ist, soll bei einer Auflösung durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Anfechtung nach wie vor stattfinden können. Die Begründung, die Behr hiefür gibt, ist jedoch keineswegs überzeugend. Er meint nämlich, die Vorschrift des § 1586 Satz 2 wäre vollkommen überflüssig, wenn die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht die Auflösung des Ehebandes zur Folge hätte, da bereits § 1338 B.G.B. die gleiche Regelung treffe. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß nach der hier vertretenen Ansicht § 1586 Satz 2 eine Einschränkung des § 1586 Satz 1 Halbsatz 1 bedeutet. Wäre nicht ausdrücklich be-

---

[49] vgl. Nöthling, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Seite 17.

[50] a. a. O. Seite 376.

[51] vgl. Engelmann, a. a. O., Anm. II. 2 f. zu § 1586.

[52] a. a. O. Seite 35.

[53] a. a. O. Seite 14.

stimmt, daß nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die gesetzlichen Nichtigkeits- und Anfechtungsregeln noch Anwendung finden, so müßte aus § 1586 Satz 1 Halbsatz 1 das Gegenteil entnommen werden. Denn obwohl die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das Band der Ehe nicht zerstört, so treten doch im übrigen alle Scheidungswirkungen ein, soweit nicht das Gesetz selbst Ausnahmen festgesetzt hat.[54] Daher ist die Bestimmung des § 1586 Satz 2 keineswegs eine unnütze Wiederholung des § 1588 B.G.B.; sie ist aber auch nicht eine Ausnahme von der Regel des § 1588, sondern vielmehr eine Ausnahme von § 1586 Satz 1 Halbsatz 1, die ihre Rechtfertigung in dem Weiterbestehen des Ehebandes findet.

Das in richtiger Auslegung der §§ 1586/87 B.G.B. gefundene Ergebnis wird außerdem durch eine weitere gesetzliche Bestimmung unzweideutig bestätigt. Es ist dies der § 33 Abs. 1 des Personenstandsgesetzes. Da das Personenstandsgesetz im Jahr 1875 die Trennung von Tisch und Bett vollständig beseitigt hatte[55], mußte es infolge der Einführung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch das B.G.B. eine Aenderung erfahren. Durch Art. 46 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. hat daher § 33 Abs. 1 P.St.G. folgende Fassung erhalten:

> „Ist eine Ehe für nichtig erklärt, ist in einem Rechtsstreit, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien zum Gegenstand hat, das Nichtbestehen der Ehe festgestellt, ist eine Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst oder ist nach § 1575 B.G.B. die ehel. Gemeinschaft aufgehoben, so ist dies am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung zu vermerken."

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier das Gesetz die Auflösung der Ehe durch Scheidung ausdrücklich der Nichtauflösung bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenübergestellt hat.[56] In dieser Bestimmung ist der wesentliche Unterschied zwischen Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft deutlich zum Ausdruck gekommen. Außerdem bezeichnet der Bericht der Reichstagskommission[57] die Neufassung des § 33 P.St.G. als eine Folge aus den Beschlüssen der Kommission zu § 1537 a (dem heutigen § 1575 B.G.B.). In der Kommission war aber, wie noch weiter unten dargelegt werden wird, nur die Rede davon, neben der Scheidung mit der Aufhebung

[54] vgl. unten Seite 24.
[55] vgl. oben Seite 7.
[56] vgl. Lingenberg, Die Aufh. der ehel. Gem., Seite 47.
[57] vgl. Mugdan, Band I Seite 313.

der ehelichen Gemeinschaft ein Institut zu schaffen, bei dem die Ehe nicht aufgelöst wird. [58]

Demgegenüber scheitert auch der Versuch Seckels [59], den Wortlaut des § 55 Abs. 1 P.St.G. mit seiner entgegengesetzten Grundauffassung in Einklang zu bringen, indem er in der Gegenüberstellung von Eheauflösung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft den Gegensatz von vollkommener und nichtvollkommener Auflösung erblickt. Da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenüber der Scheidung gewisse Ausnahmen aufweise, insbesondere das Verbot der Wiederverheiratung, hätten die beiden Begriffe mit Rücksicht auf den Zweck des § 55 P.St.G. einander gegenübergestellt werden müssen. Mit dieser Gegenüberstellung habe aber lediglich zum Ausdruck gebracht werden wollen, daß die Ehe bei der Scheidung gänzlich aufgelöst werde, bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft jedoch nicht alle Scheidungswirkungen eintreten. Diesem Gegensatz der vollkommenen und nichtvollkommenen Auflösung dürfe nicht der unrichtige Gegensatz von Auflösung und Nichtauflösung unterstellt werden.

Diese Auslegung Seckels stellt auf jeden Fall eine unzulässige Vergewaltigung des Wortlautes des § 55 P.St.G. dar. Denn Seckel preßt mit dieser gekünstelten Konstruktion willkürlich das Wort vollkommen, bezw. unvollkommen in den Tatbestand des § 55 hinein, sodaß dieser einen ganz anderen Sinn erhält, als bei unvoreingenommener Betrachtungsweise sich ergibt. An der Tatsache kann nicht gerüttelt werden, daß in der erwähnten Bestimmung objektiv die Auflösung der Ehe von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft unterschieden wird. Hätte der von Seckel angenommene Gegensatz zum Ausdruck gebracht werden sollen, so hätte das Gesetz anders gefaßt werden müssen, etwa in dem Sinn: „. . . ist eine Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten durch Scheidung, durch Wiederverheiratung nach § 1348 B.G.B. oder durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst, so ist dies u.s.w.". Nur bei einem solchen Wortlaut des Gesetzes wäre die Ansicht Seckels berechtigt. Wäre Seckel im Recht, so hätte das Gesetz mit der vorliegenden Fassung etwas ganz anderes zum Ausdruck gebracht, als in Wirklichkeit erklärt werden wollte. Ein solcher Fehlgriff kann aber dem Gesetzgeber nicht zugetraut werden.

Patek [60] will der Gegenüberstellung von Eheauflösung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in § 55 P.St.G. deshalb keine Bedeutung beimessen, weil sie „an ganz untergeordneter

[58] vgl. Töpffer, a. a. O. Seite 22 ff.
[59] vgl. a. a. O. Seite 359.
[60] a. a. O. Seite 14.

Stelle" erfolgt sei. Bereits oben wurde aber hervorgehoben, daß die Neufassung des § 33 in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aufnahme der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im B.G.B. steht, und daß die gleiche Kommission, die das B.G.B. beraten hat, auch die entsprechende Aenderung des Personenstandsgesetzes vorgenommen hat. Aus diesem Grund ist die Bestimmung des § 33 P.St.G. keineswegs von untergeordneter Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Denn der gleiche Grundgedanke, der in § 1586 B.G.B. enthalten ist, ist auch in § 33 P.St.G. niedergelegt: die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bedeutet nicht Auflösung der Ehe.

Mit Recht weist Engelmann[61] darauf hin, daß schon die sprachliche Bezeichnung des Instituts als „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" für diese Auffassung spricht. Denn das Recht und die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft ist nur ein Teil des durch die Ehe begründeten Rechtsverhältnisses. Wenn also nur die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird, so ist dies noch keine Aufhebung der „Ehe", sondern lediglich die Aufhebung einer einzelnen Rechtswirkung der Ehe. Würde die Ehe durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dem Bande nach aufgelöst, so wäre die Bezeichnung des Instituts ungenau; denn aus der Auflösung würde sich von selbst die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergeben.

Seckel[62] spricht der Ausdrucksweise des Gesetzes jeden Beweiswert ab: „aus dem Terminus die Norm zu entnehmen, sei ein methodischer Abweg". Ihm hat bereits Matthiass[63] deutlich genug erwidert, „es sei auch ein Fehler, der Terminologie eines Gesetzbuches, das auf Sorgfalt in der Terminologie ängstlich bedacht war und hier des früheren Rechtes wegen besonders bedacht sein mußte, ganz beiseitezuschieben".[64] Es ist selbstverständlich, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes allein nicht entscheidend sein kann; bezeichnend ist jedoch, daß sich auch dieses rein äußerliche Moment mit der hier vertretenen Auffassung deckt.

Von ausschlaggebender Bedeutung sind schließlich m. E. der Zweck und die Entstehungsgeschichte des Institutes. Gerade aus der Entstehungsgeschichte geht beweiskräftig hervor, daß bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe dem Bande nach bestehen bleibt.[65] Es ist deshalb notwendig, auf sie näher einzu-

[61] a. a. O. Anm. II 2a zu § 1586; vgl. auch Stemmermann, Die Aufh. und Wiederherstellung der ehel. Gem. nach dem BGB. Seite 20.

[62] a. a. O. Seite 357.

[63] Recht 1903, Seite 4.

[64] vgl. auch Olshausen, Arch. f. Bürg. Recht, Band 23 Seite 151.

[65] Auch Lehmann, a. a. O. S. 178 stellt in erster Linie auf die geschichtliche Entwicklung und den Zweck der Einrichtung ab.

gehen. Sie ist keineswegs so dunkel und undurchsichtig, wie Seckel [66] im Interesse seiner Lehre wahr haben möchte, vielmehr geben die Berichte der einzelnen Kommissionen, die mit der Ausarbeitung des B.G.B. betraut waren, ein sehr klares Bild.[67]

Der I. Entwurf eines B.G.B. bestimmte in § 1440 Abs. 3, daß auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett nicht erkannt werden könne. Nur eine zeitweilige Trennung bis zu 2 Jahren sollte bei Vorliegen eines relativen Scheidungsgrundes zulässig sein. Diese Einrichtung hatte aber, wie aus den Motiven der I. Kommission hervorgeht, mit der kanonischen Separatio nichts gemein, sondern war lediglich als Versöhnungsmaßregel gedacht, um die Scheidung abzuwenden.[68] Nach fruchtlosem Ablauf der Trennungszeit sollte daher die Scheidung der Ehe dem Bande nach verlangt werden können.

Die II. Kommission lehnte sogar die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett ab: nur Scheidung sollte möglich sein. Dagegen wandte sich der Antrag, dem § 1440 des I. Entwurfes hinzuzufügen:

> „Für den der katholischen Kirche angehörenden Ehegatten bewirkt die Scheidung die Auflösung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft; sie berechtigt ihn nicht, während des Lebens des andern Ehegatten eine neue Ehe zu schließen." [69]

Damit tauchte zum ersten Mal bei der Beratung des B.G.B. das Bestreben auf, dem katholischen Kirchenrecht im staatlichen Ehescheidungsrecht Geltung zu verschaffen.[70] Der Antrag wurde auch damit begründet, daß ein gläubiger Katholik den Antrag auf Scheidung der Ehe nicht stellen könne, da nach der Lehre der katholischen Kirche die Ehe nur durch den Tod eines Ehegatten gelöst werde. Das kanonische Recht kenne nur eine Trennung von Tisch und Bett; dabei bleibe aber die Ehe dem Bande nach bestehen. Der Antrag bezwecke nur, daß für die Katholiken Deutschlands die Unauflöslichkeit der Ehe ausgesprochen werde. Der Antrag wurde jedoch von der Kommission mit 17:3 Stimmen abgelehnt, da sie „das Recht einer einzelnen Konfession, sei es allgemein, sei es für die Angehörigen dieser Konfession, nicht zum Bestandteil des staatlichen Rechtes machen wollte".

Obwohl dieser erste Versuch also gescheitert war, ließen doch die Anhänger eines konfessionell ausgerichteten Ehescheidungsrechtes nicht mehr locker; ihre Bemühungen, das Ziel in anderer

---

[66] a. a. O. Seite 360.
[67] vgl. Matthiass, a. a. O. Seite 4.
[68] vgl. Motive Band 4 S. 579.
[69] vgl. Protokolle der II. Kommission, Seite 5644. (Bd. 4.)
[70] vgl. Töpffer, Die Aufhebung der ehel. Gemeinschaft, Seite 5 ff.

Form doch noch zu erreichen, ziehen sich wie ein roter Faden durch die weiteren Beratungen und Lesungen des B.G.B. In der gleichen (II.) Kommission wurden nämlich alsbald neue Anträge eingebracht, die bereits ziemliche Aehnlichkeit mit den heute geltenden Bestimmungen aufweisen. Danach sollten folgende §§ in den Entwurf aufgenommen werden:

> als § 1445 a: „Der Ehegatte, der in den Fällen der §§ 1441—45 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf dauernde Aufhebung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft klagen.
>
> Verlangt der andere Ehegatte, daß die Ehe, wenn die Klage begründet sei, geschieden werde, so ist die Klage als Klage auf Scheidung anzusehen."
>
> Und als § 1445 b: „Ist auf dauernde Aufhebung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder der Ehegatten, wenn nicht Wiederaufnahme des ehelichen Lebens stattgefunden hat, auf Grund des Urteils im Wege einer neuen Klage Scheidung verlangen."

Dieser Antrag unterscheidet sich von dem früheren hauptsächlich dadurch, daß ihm, wenigstens äußerlich, der konfessionelle Anstrich fehlt; nicht nur für Katholiken, sondern auch für Andersgläubige sollten diese Bestimmungen gelten. Zu Gunsten des Antrags wurde in erster Linie vorgebracht, er gewähre dem unschuldigen Ehegatten die Möglichkeit, einen Zustand herbeizuführen, „bei dem das fernere Zusammenleben wegfalle, dagegen das eheliche Band bestehen bleibe und das eheliche Leben, wenn sich die Gemüter der Ehegatten unter dem Einfluß der Zeit und der Reue des schuldigen Teils besänftigt hätten, jeden Augenblick wiederhergestellt werden könne".[71] Außerdem wurde der Antrag noch ausdrücklich damit begründet, daß durch ihn den Gewissensbedenken der Katholiken Rechnung getragen werde, ohne daß gleichzeitig der Standpunkt des modernen Staates verletzt oder irgendein Gewissenszwang ausgeübt werde. Der Antrag wurde mit 12:6 Stimmen ebenfalls abgelehnt. U. a. waren hiefür folgende Erwägungen entscheidend: der Antrag stelle die Scheidung vollständig in das Belieben der Ehegatten; sie könnten nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft jederzeit ohne wichtige Ursache auseinandergehen; dies widerstreite dem Wesen der Ehe und der Ehescheidung. Außerdem lasse die beantragte Trennung lediglich das äußere Band, nicht aber den materiellen Inhalt der Ehe bestehen; es bleibe eine Ehe, die keine Ehe sei. Der Katholik brauche das Institut der beständigen Trennung nicht, denn niemand verlange von ihm, das Band der Ehe als durch die

---

[71] Protokolle der II. Kommission Bd. 4 Seite 5653.

bürgerliche Scheidung getrennt zu betrachten und nichts hindere ihn, von dem Recht zur Wiederverheiratung keinen Gebrauch zu machen. Vor allem aber müsse man fordern, daß nicht Einrichtungen, die den Anschauungen nur eines Teils der Bevölkerung entsprächen, in einem Staatsgesetz als bürgerliches Recht eingeführt würden.

In der Reichstagskommission schließlich tauchten diese Anträge erneut in nur wenig veränderter Form auf. Sie stimmen ziemlich genau mit den heute geltenden Vorschriften überein: sie wurden mit nur geringfügigen redaktionellen Abweichungen im Reichstag angenommen. Während in den früheren Anträgen eine besondere Bestimmung über die Wirkung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht enthalten war, erscheint hier als § 1566 a — das ist der heutige § 1586 — zum ersten Mal die etwas unglückliche Fassung, die den Anlaß zu der hier behandelten Streitfrage gegeben hat. Die Anträge gingen dahin, als § 1557 a[1] in den Entwurf einzufügen:

> „Der Ehegatte, der in den Fällen der §§ 1548—51 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehel. Gem. klagen. Verlangt der andere Ehegatte, daß die Ehe, wenn die Klage begründet ist, geschieden werde, so ist auf Scheidung zu erkennen.
>
> § 1557 b[1]: Ist nach § 1557 a auf Aufhebung der ehel. Gem. erkannt, so kann jeder der Ehegatten auf Grund des Urteils auf Scheidung klagen, es sei denn, daß nach dem Urteil das eheliche Leben wieder aufgenommen worden ist."
>
> § 1566 a: „Wird nach § 1557 a die ehel. Gemeinschaft aufgehoben, so treten die gleichen Wirkungen ein, wie wenn die Ehe geschieden worden wäre; doch kann, solange nicht auf Scheidung erkannt worden ist, keiner der Ehegatten eine neue Ehe eingehen.
>
> Wird nach Aufhebung der ehel. Gemeinschaft das eheliche Leben wieder aufgenommen, so fallen die in Abs. 1 bezeichneten Wirkungen weg; doch gilt unter den Ehegatten Gütertrennung nach den Vorschriften der §§ 1410—14."

Der Bericht der Reichstagskommission [72] stellt hiezu ausdrücklich fest, daß die obigen Anträge bezweckten, neben der Scheidung die dauernde Trennung von Tisch und Bett einzuführen und daß sie vom Standpunkt des katholischen Volksteils aus begründet wurden. Es wurde geltend gemacht, daß die staatliche Gesetzgebung auf die Verhältnisse der Katholiken Rücksicht nehmen müsse, da ein sehr großer Teil des deutschen Volkes der katholischen Religion zugetan sei und an ihren Lehren unbedingt festhalte. Für jeden gläubigen Katholiken bedeute es einen

[72] vgl. Mugdan, Bd. 4 Seite 1247.

schweren Gewissenskonflikt, wenn er zur Scheidungsklage greifen müsse, um von einer unhaltbar gewordenen Ehe loszukommen.

Nachdem die Mitglieder der Kommission zu den gestellten Anträgen noch Stellung genommen hatten, wurden diese schließlich mit 16:5 Stimmen angenommen und erhielten auch die Zustimmung des Reichstags und des Bundesrates.

Aus dieser Entstehungsgeschichte der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergibt sich also eindeutig der Zweck des Institutes: man wollte den Katholiken, deren kirchliches Dogma die Scheidung der Ehe dem Bande nach verwirft, entgegenkommen.[73] Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß das bereits oben durch logische Auslegung der Gesetz gewordenen Bestimmungen gewonnene Ergebnis richtig ist. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß auch das Reichsgericht[74] denselben Standpunkt vertritt, wenn es ausführt, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die jederzeitige Möglichkeit gewähre, sofort auch die Lösung des Bandes der Ehe zu verlangen. Damit anerkennt das Reichsgericht, daß erst durch die Umwandlung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Scheidung gemäß § 1576 B.G.B. das Eheband zerstört wird.

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich weiter, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kein „Minus" gegenüber der Scheidung, auch keine mildere Form der Ehescheidung[75] ist, sondern ein Aliud[76] darstellt. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist nicht eine Abart der Ehescheidung, sondern vielmehr eine Abart der kanonischen Separatio perpetua. Denn der Wesensunterschied zwischen Scheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft besteht in der Frage der Auflösung des Ehebandes, während sich gerade in diesem Punkt die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und die Separatio decken. Andererseits liegt die wesentliche Abweichung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von dem kanonischen Institut darin, daß die erstere ohne Schwierigkeit jederzeit in vollständige Scheidung übergeführt werden kann. Diese Verschiedenheit erklärt sich jedoch aus der Kompromißnatur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft: wäre die Umwandlungsmöglichkeit nicht in die Anträge aufgenommen worden, so hätte sie die Reichstagskommission nicht angenommen, denn die überwiegende Mehrheit der Kommission lehnte es ab, mit der Einführung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch das staatliche Recht irgend einen Zwang zur Beobachtung kirchlicher Vor-

[73] so auch Kipp-Wolff, a. a. O. Seite 136.
[74] R.G.Z. Bd. 48 Seite 148.
[75] So Behr a. a. O. Seite 19.
[76] So Engelmann, Anm. 2 zu § 1575.

schriften auszuüben, insbesondere in den Fällen der kirchlichen Mischehen dem protestantischen Ehegatten das Recht auf Scheidung abzusprechen.[77]

Obwohl nach den vorstehenden Ausführungen die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe dem Bande nach bestehen läßt, treten dennoch gemäß § 1586 Satz 1 Halbsatz 1 B.G.B. im übrigen die Scheidungswirkungen ein, sofern nicht das Gesetz selbst Ausnahmen getroffen hat, wie z. B. in den §§ 1586/87.[78] Damit nähern wir uns trotz entgegengesetzter Grundauffassung im praktischen Ergebnis der Seckel'schen Lehre. Man hat also stets nur zu untersuchen, welche Wirkung bei der Scheidung eintreten würde, und kann das so gefundene Ergebnis auf die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft übertragen. Man kann demgegenüber nicht einwenden, es sei unmöglich, daß die mit der Eheauflösung verbundenen Rechtsfolgen eintreten, wenn das Eheband unberührt bleibe. Denn daß der Gesetzgeber dies gewollt hat, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 1586 B.G.B. Olshausen[79] meint, das Gesetz lasse zufolge einer „Fiktion" überall die Wirkungen eintreten, wie wenn die Ehe geschieden wäre. Matthiass[80] rechtfertigt den Eintritt der Scheidungswirkungen damit, daß sich das Rechtsverhältnis der Ehe nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in einem Zustand der Hemmung befinde; es seien nach wie vor alle aus der Ehe sich ergebenden Rechte und Pflichten vorhanden, aber durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Wirkungslosigkeit verdammt. Da nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft über der Ehe beständig das Damoklesschwert der Scheidung schwebe, werde dieses Institut mit Recht in seiner Wirkung dem Zustand der Auflösung gleichgestellt.[81]

Auf jeden Fall geht es nicht an, die Wirkungen der Ehescheidung in die spezifischen Scheidungswirkungen und in die Auflösungswirkungen zu sondern, und die letzteren bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auszunehmen.[82] Denn eine solche Auslegung steht mit dem Gesetz in Widerspruch und führt zu willkürlichen Ergebnissen. Engelmann gerät nämlich mit dieser Unterscheidung nicht nur mit § 1586 Satz 1 Halbsatz 1, sondern auch mit anderen gesetzlichen Vorschriften in Konflikt. Das möge folgendes Beispiel zeigen: nach § 2077 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

---

[77] vgl. Bericht der XII. Kommission des Reichstags, Mugdan, S. 1248.
[78] so auch R.G.Z. Bd. 105 S. 139 und Bd. 59 S. 340; vgl. ferner RGRK., Bem. 2 zu § 1586 BGB.
[79] a. a. O. Seite 154.
[80] a. a. O. Seite 3; ihm schließt sich Saniter (a. a. O. S. 85) an.
[81] In diesem Sinn auch Lehmann, a. a. O. S. 178.
[82] So Engelmann, Anm. III A zu § 1586.

ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist; und Satz 2 desselben Absatzes bestimmt, daß es der Auflösung der Ehe gleichkommt, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte. Es soll also keinen Unterschied machen, ob der Erblasser den begonnenen Rechtsstreit noch bei Lebzeiten siegreich zu Ende führen konnte oder ob er nach Rechtshängigkeit der Klage bereits gestorben ist; dem „Maius" der rechtskräftigen Entscheidung steht das „Minus" der bloßen Rechtshängigkeit der Klage gleich.[83] Da nach Engelmanns Auffassung mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösungswirkungen nicht eintreten, bleiben auch die letztwilligen Verfügungen nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich bestehen. Engelmann erblickt daher in § 2077 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahme von diesem Grundsatz, die auch auf den Fall auszudehnen sei, daß auf die Aufhebungsklage hin bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen sei. Ist aber die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf Klage des Erblassers wegen Geisteskrankheit des andern Gatten oder auf Klage des überlebenden Ehegatten ausgesprochen, so behalten nach Engelmann die letztwilligen Verfügungen ihre Wirksamkeit. Diese Auslegung Engelmanns ist jedoch unhaltbar. Denn der innere logische Zusammenhang der beiden Sätze des § 2077 Abs. 1 ergibt ohne weiteres, daß der Gesetzgeber auf Grund des § 1586 davon ausgegangen ist, daß auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Auflösungswirkungen der Scheidung nach sich zieht. Für eine ausdehnende Auslegung der Bestimmung im Sinne Engelmanns ist daher kein Raum, sie ist vollkommen überflüssig und unangebracht. Nachdem der Gesetzgeber in Satz 2 des Abs. 1 von § 2077 B.G.B. an die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gedacht und sie ausdrücklich der Scheidung gleichgestellt hat, ist kein Grund einzusehen, weshalb er sie in Satz 1 vergessen haben sollte! Vielmehr ist gerade die Nichterwähnung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Satz 1 eine Bestätigung dafür, daß an die Aufhebung auch die Auflösungswirkungen geknüpft sind; da diese Rechtsnorm bereits in § 1586 Satz 1 Halbsatz 1 allgemein festgelegt ist, war eine nochmalige besondere Hervorhebung in § 2077 nicht notwendig. Das gleiche gilt hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts und damit auch des Pflichtteilsrechtes des überlebenden Ehegatten

[83] vgl. Seckel, a. a. O. Seite 368.

(§§ 1931 und 2303 Abs. 2 B.G.B.). Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten setzt eine bis zum Eintritt des Erbfalles bestehende gültige Ehe voraus. Daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft — ebenso wie mit der Scheidung — das gesetzliche Erbrecht wegfällt, ergibt sich aus § 1933 B.G.B., der eine dem § 2077 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Regelung enthält.

Ferner sind bei gerichtlicher Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Vorschriften der §§ 1577 bis 1585 B.G.B. anzuwenden. Die Frau behält also den Familiennamen des Mannes, sie kann aber auch ihren eigenen Familiennamen wieder annehmen. Ist sie im Aufhebungsurteil als alleinschuldig erklärt, so kann der Mann ihr die Führung seines Namens untersagen. Der allein für schuldig erklärte Ehegatte hat dem andern Teil, sofern dieser bedürftig ist, den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, soweit er dazu in der Lage ist. Er haftet dabei nach § 1608 Abs. 2 vor den Verwandten des andern Ehegatten. Bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten ist nach den gleichen Grundsätzen dem bedürftigen, geisteskranken Ehegatten Unterhalt zu leisten. Der an der Aufhebung unschuldige Teil kann Schenkungen, die er dem andern während des Brautstandes oder während der Ehe gemacht hat, widerrufen. Die Frau ist auch verpflichtet, zum Unterhalt eines gemeinschaftlichen Kindes aus den Einkünften ihres Vermögens oder dem Ertrag ihrer Arbeit beizusteuern, soweit nicht die Kosten des Unterhalts durch die Nutznießung des Mannes am Kindesvermögen gedeckt werden. Die Sorge für die Person der Kinder steht dem schuldlosen Ehegatten zu; sind beide Teile für schuldig erklärt, so steht dem Vater die Sorge für die über 6 Jahre alten Söhne, der Mutter die Sorge für die Töchter und die noch nicht 6 Jahre alten Söhne zu (§ 1635 B.G.B.)[84]. Die Mutter erhält nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Gewalt über die Kinder, wenn der Vater dieselbe verwirkt hat; das Vormundschaftsgericht hat ihr ferner auf Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen, wenn nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Gewalt des Vaters gemäß den §§ 1676/77 ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen wird (vgl. §§ 1684 Abs. 1 Ziff. 2, 1685 Abs. 2 B.G.B.).

Nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sind die Ehegatten einander nicht mehr nach § 1353 Abs. 1 zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; keiner kann von dem andern die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlangen. Dies folgt

---

[84] vgl. OLG. Stuttgart, Zentralblatt f. freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 10, Seite 44.

ohne weiteres aus der Natur und dem Wesen des rechtskräftigen Aufhebungsurteils. Engelmann dagegen vertritt die sonderbare Auffassung, an sich sei auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft jeder Ehegatte dem andern gegenüber zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet, ein derartiges Verlangen eines Ehegatten würde sich jedoch als Rechtsmißbrauch im Sinne des § 1353 Abs. 2 Satz 1 darstellen, außerdem müsse dem Verlangen nicht Folge geleistet werden, da der andere Ehegatte auf Grund des Aufhebungsurteils auf Scheidung klagen könne (§ 1353 Abs. 2 Satz 2) [85]. Diese Ansicht Engelmanns verkennt jedoch, daß eine Verpflichtung nach § 1353 Abs. 1 nicht mehr in Frage kommen kann, wenn durch gerichtliches Urteil die Lebensgemeinschaft der Ehegatten aufgehoben worden ist, und damit kann auch von einem „Rechtsmißbrauch" eines Ehegatten keine Rede sein.

Mit dem Wegfall des gemeinschaftlichen Hauswesens entfällt für die Frau selbstverständlich die Pflicht zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäft des Mannes, sowie die Schlüsselgewalt (§§ 1356 Abs. 2, 1357 B.G.B.). Die Frau teilt auch nicht mehr nach § 10 B.G.B. den Wohnsitz des Mannes, sie kann vielmehr einen selbständigen Wohnsitz begründen [86]. Als weitere Scheidungswirkung ist die Beendigung des ehelichen Güterstandes anzuführen. Mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft tritt Gütertrennung ein.[87] Beim gesetzlichen Güterstand hört also die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gut der Frau auf, und der Mann ist verpflichtet, das Vermögen der Frau herauszugeben. Im Falle einer Gütergemeinschaft hat eine Auseinandersetzung, gegebenenfalls nach den Grundsätzen des § 1478, stattzufinden. Zu Gunsten der Gläubiger des Mannes kann daher auch nicht mehr die Vermutung des § 1362 Abs. 1 B.G.B. gelten, daß die im Besitz eines der Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören.

Ein nach rechtskräftiger Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von der Frau empfangenes Kind ist unehelich; ist das Kind später als 302 Tage nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geboren, so kann die Unehelichkeit nach § 1593 B.G.B. unbeschränkt geltend gemacht werden, da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch im Sinne dieser Bestimmung der Auflösung der Ehe gleichsteht [88]. Beginnt die Empfängniszeit erst nach erfolgter Aufhebung, so greift die Vermutung des § 1591 Abs. 2 B.G.B., daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe, nicht Platz. Der Kommentar der Reichs-

---

[85] vgl. Engelmann a. a. O. III. A. 3 zu § 1586.
[86] vgl. RGZ. Band 59 Seite 340.
[87] A. A. Engelmann a. a. O. III. A. 4 zu § 1586.
[88] so auch R.G.R.Komm., Bemerkung 2 zu § 1593 BGB.

gerichtsräte [89] führt hiezu aus, die Beiwohnungsvermutung werde durch die gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht unbedingt beseitigt, da die Eheleute jederzeit ohne Einhaltung einer Form nach § 1587 B.G.B. wieder in die eheliche Gemeinschaft eintreten könnten. Diese etwas unklare Ausdrucksweise kann, da der Kommentar im übrigen durchaus die hier vertretene Auffassung teilt [90], m. E. nur so verstanden werden, daß die Beiwohnungsvermutung dann in Kraft tritt, wenn die Frau nach Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ein Kind empfängt. In diesem Fall gilt die Vermutung deshalb, weil mit der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft wieder eine vollwirksame Ehe entstanden und das Kind während der Ehe empfangen ist. Fällt die Empfängniszeit jedoch zwischen Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft, und wird das Kind nach der Wiederaufnahme des ehelichen Lebens geboren, so wird die Beiwohnung des Mannes nur vermutet, wenn er gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben (§ 1591 Abs. 2 Satz 2 B.G.B.).

Obwohl die Ehe dem Bande nach bestehen bleibt, können doch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft diejenigen Vorschriften des B.G.B., die von „Ehepaar", „Ehegatten", „Ehefrau", „verheiratet" usw. handeln, keine Anwendung finden. Deshalb bedarf z. B. der Ehemann zur Ehelichkeitserklärung eines unehelichen Kindes nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr der Einwilligung der Frau (vgl. § 1726 Abs. 1 Satz 2); ebensowenig ist die Einwilligung der Frau zu einer Annahme an Kindesstatt erforderlich (§ 1746), und die Annahme eines gemeinschaftlichen Kindes ist nicht mehr möglich (§ 1749 B.G.B.). Auch die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes nach § 2265 ist ausgeschlossen. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß ebenso wie letztwillige Verfügungen zu Gunsten eines Ehegatten auch ein gemeinschaftliches Testament, sowie ein Erbvertrag der Ehegatten grundsätzlich unwirksam wird, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird (§§ 2268 und 2279 B.G.B.).

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sämtliche Scheidungswirkungen verbunden sind mit Ausnahme von den in den §§ 1586/87 B.G.B. festgelegten Restwirkungen der getrennten Ehe. Das Eheband besteht zwar formell weiter, und deshalb ist bei Lebzeiten beider Ehegatten die Eingehung einer neuen Ehe erst möglich, wenn die Aufhebung auf Antrag eines Ehegatten in

---

[89] Bem. 1 zu § 1591.
[90] vgl. Bem. 2 zu § 1586 BGB.

Scheidung umgewandelt oder die Ehe für nichtig erklärt ist, die Ehe ist jedoch ihres materiellen Inhalts vollkommen beraubt. Mit Recht hat daher Francke das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft folgendermaßen gekennzeichnet[91]:

> „Nehmen wir hinzu, daß eine solche Ehe einerseits durch Umwandlung des Urteils vollständig geschieden, andererseits durch tatsächliche Wiederherstellung der ehel. Gemeinschaft wieder zu voller Ehe erhoben werden kann, so ist das Schlußergebnis eine Ehe mit Willkür der Scheidung, fähig, ohne weiteres in volle Ehe überzugehen, ohne Lebensgemeinschaft und ohne irgend welches Vermögensrecht, aber mit den wenigen sonstigen Rechtsverhältnissen von Gatten einer vollen Ehe. Ob ein solches Rechtsgebilde den Namen einer Ehe verdient, mag immerhin bezweifelt werden."

[91] Archiv f. zivilist. Praxis. Bd. 98. Seite 466.

C. II. Hauptteil.

Rechtsvergleichender Teil.

Wenn wir die Eherechte der übrigen europäischen Staaten betrachten, so können wir feststellen, daß die meisten von ihnen — sei es neben, sei es an Stelle der Scheidung — ein der Separatio des kanonischen Rechts nachgebildetes Institut enthalten. Da die Väter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. nicht allein das kanonische Recht, sondern auch ausländische staatliche Gesetze einst zum Vorbild genommen haben, erscheint es angebracht, die der deutsch-rechtlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ähnlichen Einrichtungen der fremden Rechte näher darzustellen, um aus dem Vergleich mit den ausländischen Gesetzen einen weiteren Anhaltspunkt für die Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu gewinnen und insbesondere ihre Stellung innerhalb des internationalen Privatrechts bestimmen zu können.

Es würde jedoch über den Rahmen dieser Arbeit weit hinausgehen, sämtliche europäischen Eherechte, welche eine „Trennung von Tisch und Bett" kennen, zu behandeln; vielmehr entspricht es dem Zweck der Abhandlung, die rechtsvergleichende Untersuchung auf einige besonders wichtige und typische Rechtskreise zu beschränken. Daher wird zunächst der Rechtskreis des französischen Code civil, sowie das Recht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, sodann aus dem Rechtskreis der nordischen Länder das schwedische Ehegesetz und schließlich aus dem Kreis der kanonisch eingestellten Eherechte der katholischen Länder das österreichische und italienische Recht behandelt werden.

1. Kapitel:

Die französische Séparation de corps.

Der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. entspricht im französischen Recht die Séparation de corps, die auch bei der Beratung der §§ 1575/76 B.G.B. zum Vorbild gedient hat[1]. Bis zur großen Revolution im Jahre 1789 galt in Frankreich das kanonische Recht: es gab also keine Ehescheidung, sondern nur die Separatio a toro et mensa[2]. Ein Revolutionsgesetz vom 20. September 1792 hob diese Einrichtung auf und ersetzte sie

[1] Vgl. Mugdan, Seite 1247; und Förtsch, Vergl. Darstellung des Code Civil und B.G.B., Seite 28.

[2] vgl. Zachariae-Crome, Handb. d. französ. Zivilr. 3. Bd. S. 153.

durch die Scheidung dem Bande nach[3]. Der Code civil vom Jahre 1804 führte in Artikel 306 die lebenslängliche Sonderung von Tisch und Bett neben der Scheidung wieder ein; der Hauptgrund hiefür war auch hier die Rücksichtnahme auf die katholische Bevölkerung. Im Zeitalter der Restauration wurde wiederum nur die Trennung von Tisch und Bett anerkannt; ein Gesetz vom 8. Mai 1816 verkündete: le divorce est aboli. Dieser Rechtszustand dauerte bis 1884. Seitdem sind beide Institute, die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, nach französischem Recht nebeneinander zugelassen. Allerdings wurde das Institut der Trennung von Tisch und Bett durch ein Gesetz vom Jahre 1908 erheblich umgestaltet:

Wie in Deutschland, kann auch in Frankreich aus denselben Gründen, die zur Scheidung berechtigen, statt auf Scheidung auf Sonderung von Tisch und Bett geklagt werden (Art. 306 C. c.). Der Kläger hat die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten. Die beiden Klagen decken sich ihrem gesetzlichen und tatsächlichen Grunde nach vollkommen. Als Ehescheidungs- und damit als Trennungsgründe sind nach C. c. Ehebruch, lebensgefährliche oder sonst grobe Mißhandlungen, schwere Beleidigungen und schließlich Verurteilung eines Ehegatten zu einer entehrenden Strafe anerkannt (Art. 229—232 C. c.). Im Gegensatz zum deutschen Recht hat der schuldige Teil keine Möglichkeit, sofort die Scheidung herbeizuführen; das in § 1575 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. enthaltene Recht des Beklagten ist dem Code civil fremd. Das Zustandekommen der Séparation ist also vom Einverständnis des schuldigen Ehegatten unabhängig. Insofern gleicht das französische Institut dem kanonischen Recht. Auch die Umwandlung der Trennung in Scheidung ist gegenüber dem B.G.B. erschwert: Art. 310 Abs. 1 C. c. bestimmt, daß erst nach Ablauf von 3 Jahren die Umwandlung des Trennungsurteils in ein Scheidungsurteil verlangt werden kann. Dieses Recht hat — wie nach B.G.B. — sowohl der schuldige als auch der schuldlose Ehegatte. Vor Ablauf dieser Frist kann nur auf Grund neuer Tatsachen, z. B. wegen eines nach der Trennung erfolgten Ehebruchs auf Scheidung im gewöhnlichen Scheidungsverfahren geklagt werden[4].

Während nach B.G.B. jederzeit im Prozeß von dem Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Scheidungsklage und umgekehrt übergegangen werden kann[5], ist nach Code civil nur die Abänderung der Scheidungsklage in die Klage auf Son-

[3] vgl. Heinze, Ehescheidung französ. u. belg. Staatsangehöriger in Deutschland, Seite 12.

[4] vgl. Heinsheimer-Wolff, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Band I Frankreich, Seite 81.

[5] vgl. Warneyer, Komm. zum B.G.B., Anm. zu § 1575

derung von Tisch und Bett zulässig [6]. In diesem Zusammenhang ist auch eine Eigentümlichkeit der französischen Gerichtspraxis zu erwähnen: obwohl nach dem Gesetz die Voraussetzungen für die Trennung dieselben sind wie für die Scheidung, neigen dennoch die französischen Gerichte dazu, die séparation de corps leichter zu bewilligen als die Scheidung. Diese gesetzwidrige Rechtsprechung hat es mit sich gebracht, daß häufig von der Scheidungs- zur Trennungsklage dann übergegangen wird, wenn die Gefahr besteht, daß der Scheidungsantrag nicht durchdringt.

Die rechtlichen Wirkungen der séparation de corps sind nicht so weitgehend denen der Scheidung angepaßt wie bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Der Code civil hat nicht bestimmt, daß mit der Trennung grundsätzlich die Scheidungswirkungen eintreten, sondern lediglich einige wenige Rechtsfolgen aufgezählt. Der Code civil setzt als selbstverständlich voraus, daß die Trennung von Tisch und Bett das Eheband nicht auflöst; nicht einmal das Verbot der Wiederverheiratung spricht er ausdrücklich aus. Im Gesetz selbst gibt für diese — in Frankreich unbestrittene — Auffassung nur die Bezeichnung des Instituts als „séparation de corps" einen Anhaltspunkt, sowie Art. 227 C. c., der die Sonderung von Tisch und Bett nicht unter den Gründen der Eheauflösung aufzählt.

Nach Art. 311 Abs. 1 C. c. kann in dem Urteil auf Sonderung von Tisch und Bett oder sogar in einem späteren besonderen Urteil der Frau die Führung des Namens des Ehemannes untersagt oder erlassen werden. Umgekehrt kann auf Antrag der Ehefrau dem Manne untersagt werden, den Namen der Frau zu tragen, wenn er diesen seinem Namen beigefügt hatte. Außerdem ist ausdrücklich angeordnet, daß die Trennung von Tisch und Bett stets die Gütertrennung zur Folge hat (Art. 311 Abs. 2 C. c.) [7]. Nach französischem Recht ist die Ehefrau in ähnlicher Weise wie nach B.G.B. während der Ehe in ihrer rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht beschränkt; mit Eintritt der Trennung von Tisch und Bett erhält die Frau ihre volle Geschäftsfähigkeit zurück, sie bedarf zu Rechtsgeschäften nicht mehr der Genehmigung des Mannes oder des Gerichtes (vgl. Art. 311 Abs. 3 C. c.). Von Tisch und Bett gesonderte Ehegatten haben auch kein gegenseitiges Erbrecht mehr (Art 767 C. c.).

Im übrigen ergibt sich aus dem Zweck und der Natur des Instituts, daß mit der Beendigung der häuslichen Gemeinschaft auch die damit unmittelbar zusammenhängenden Verbindlichkeiten aufgehoben werden. So kann die Ehefrau ihren Wohnort wählen,

---

[6] vgl. Zachariä-Crome, a. a. O. Seite 166.
[7] vgl. Förtsch, a. a. O. S. 29.

wo sie will; es entfällt auch die Pflicht zu gegenseitiger persönlicher Hilfeleistung. Dagegen hat der bedürftige Ehegatte einen Anspruch auf Unterstützung mit Geld, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er für schuldig erklärt wurde oder nicht (Art. 212 C. c.). Die Ehegatten sind sich nach wie vor zur ehelichen Treue verpflichtet[8], und die nach der Trennung geborenen Kinder gelten als ehelich. Die Rechte und Pflichten der Ehegatten gegenüber den Kindern, vor allem die elterliche Gewalt, bleiben durch die Sonderung von Tisch und Bett im allgemeinen unberührt.

Die Wirkungen der Trennung können auch nach dem Recht des Code civil durch Wiederaussöhnung der Ehegatten jederzeit beseitigt werden: durch formlose Herstellung des ehelichen Zusammenlebens kommt wieder eine vollwirksame Ehe zustande, jedoch bleibt das Vermögen der Frau von dem des Mannes gesondert, es tritt also Gütertrennung ein (Art. 311 Abs. 4 C. c.). Die Frau wird für die Zukunft in ihrer Geschäftsfähigkeit wieder beschränkt; sie kann ihre Güter frei verwalten, nur zur Veräußerung von Grundstücken bedarf sie der Einwilligung des Mannes (vgl. Art. 1449 C. c.). Diese Beschränkung kann jedoch einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Wiederherstellung des ehelichen Lebens durch eine notarielle Urkunde festgestellt und veröffentlicht worden ist.

Die séparation des französischen Rechtes dient also dem gleichen Zweck, wie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, nämlich den Katholiken ein passendes Auskunftsmittel zu sein, um von einer unerträglichen Ehe loszukommen. Auch in ihrer rechtlichen Form weist sie manche Berührungspunkte mit dem deutschen Recht auf. Andererseits ist jedoch bei der séparation de corps das Eheband nicht so stark gelockert wie bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, was sich vor allem in der erschwerten Umwandlung in Scheidung und in den schwächeren Rechtswirkungen zeigt.

In Belgien gilt ebenfalls der Code civil. Im Laufe der Jahre hat er jedoch — wie übrigens auch in Frankreich — in Belgien einige Aenderungen erfahren. Gerade das Institut der séparation de corps ist im heute geltenden belgischen Recht in verschiedenen Punkten anders geregelt als in Frankreich. In Belgien ist neben den übrigen Ehescheidungsgründen des französischen Rechtes als weiterer Scheidungsgrund die gegenseitige und ernsthafte Einwilligung der Ehegatten anerkannt; diese kommt jedoch als Trennungsgrund nicht in Betracht. Eine weitere Besonderheit des belgischen Ehescheidungsrechtes besteht

[8] vgl. Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Seite 290.

darin, daß jeder Ehebruch der Frau als Scheidungsgrund gilt, ein Ehebruch des Mannes nur dann, wenn er die Konkubine in die gemeinschaftliche Wohnung aufgenommen hat.

Während nach französischem Recht nach 3-jähriger Trennung beide Ehegatten die Möglichkeit haben, die Umwandlung in Scheidung zu beantragen, steht dieses Recht in Belgien nur dem ursprünglichen Beklagten zu. Der klagende Ehegatte muß sich also von vornherein im Klaren sein, welchen Weg er wählen will, ob Scheidung oder bloße séparation de corps; er kann spätestens während des Prozesses den Scheidungsantrag noch in den Antrag auf Sonderung von Tisch und Bett abändern; nach Erlaß des Trennungsurteils ist er jedoch daran gebunden. Die Scheidung kann er dann nur noch auf Grund neuer Tatsachen verlangen. Ist die Trennung von Tisch und Bett wegen eines Ehebruchs des Beklagten erwirkt, so kann auch der Beklagte die Umwandlung in Scheidung nicht beantragen. Ein weiterer Unterschied gegenüber dem deutschen und französischen Recht liegt darin, daß seit dem Gesetz vom 20. März 1927 die Umwandlung nicht mehr obligatorisch ist; das Gericht ist nicht verpflichtet, sondern lediglich berechtigt, die Scheidung auszusprechen, wenn der ursprüngliche Kläger, nachdem ihm Gelegenheit zur Aeußerung gegeben ist, nicht unverzüglich in die Aufhebung der Trennung einwilligt (Art. 310 n. F.). Durch diese Vorschrift ist die Umwandlung dem reinen Belieben der Parteien entzogen; der Kläger kann dadurch, daß er sich zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens bereit erklärt, in jedem Fall die Scheidung verhindern.

In Luxemburg gilt noch die alte Fassung des Art. 310 C. c.[9]. Danach kann nur der urspr. beklagte Ehegatte nach 3-jähriger Trennung die Scheidung beantragen. Eine Ausnahme davon besteht für die wegen Ehebruchs getrennte Ehefrau; ihr steht das Recht, die Umwandlung zu begehren, überhaupt nicht zu. Denn das luxemburgische Recht sieht den Ehebruch der Frau schwerer an als den des Mannes; dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß ein Ehebruch des Mannes — wie im belgischen Recht — nur dann einen Scheidungsgrund darstellt, wenn er die Beischläferin in die eheliche Wohnung aufgenommen hat. Die Umwandlung in Scheidung muß bewilligt werden, wenn der andere Teil die Aufhebung der Trennung ablehnt. Im übrigen stimmt das luxemburgische Recht mit dem französischen und belgischen überein.

---

[9] vgl. Bergmann, Intern. Ehe- u. Kindschaftsr. Bd. II, S. 328.

2. Kapitel:

Die Trennung des schweizerischen Rechts.

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1907 hat ebenfalls, um der katholischen Kirche entgegenzukommen, ein der Separatio des kanonischen Rechtes ähnliches Gebilde geschaffen.[10] Gleichzeitig ist die schweizerische Trennung als Mittel der Aussöhnung und Wiedervereinigung der Ehegatten in das Scheidungsrecht aufgenommen und steht daher jedermann, ohne Rücksicht auf die Konfession, zur Verfügung. Liegt ein Scheidungsgrund vor, so kann entweder auf Scheidung der Ehe oder auf Trennung geklagt werden (Art. 143 Z.G.B.). Der Richter hat jedoch die Möglichkeit, statt der vom Kläger beantragten Scheidung nur die Trennung der Ehegatten auszusprechen (Art. 146 Z.G.B.): bei dieser Entscheidung ist er von dem Willen der Parteien unabhängig.[11] Er darf allerdings auf Trennung nur erkennen, sofern einige Aussicht auf Aussöhnung der Ehegatten vorhanden ist: es müssen bestimmte Tatsachen vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, daß die Ehegatten noch nicht endgültig miteinander gebrochen haben.[12] Umgekehrt ist der Richter nicht befugt, gegen den Willen des klagenden Ehegatten die Ehe zu scheiden: ist nur auf Trennung geklagt, so kann keinesfalls auf Scheidung erkannt werden.

Wie das kanonische Recht, so unterscheidet auch das Schweiz. Zivilgesetzbuch 2 Arten der Trennung: die Trennung auf bestimmte und auf unbestimmte Zeit. Die Trennung auf bestimmte Zeit kann auf 1—3 Jahre festgesetzt werden (Art. 147 Z.G.B.). Der Richter hat in der Festsetzung der Art und der Dauer der Trennung volle Freiheit, er ist dabei an die Anträge der Parteien nicht gebunden: er kann auf beständige Trennung erkennen, wenn nur zeitweilige beantragt ist, und umgekehrt. Er entscheidet in jedem Fall nach freiem richterlichem Ermessen.

Die Hauptfolge der Trennung ist auch hier selbstverständlich die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten. Hinsichtlich der übrigen Rechtsfolgen enthält das Gesetz nur wenige Bestimmungen: die meisten Nebenfolgen sind daher im Wege der Lückenausfüllung aus der Natur und dem Zweck des Institutes abzuleiten.[13] Da die Ehe fortbesteht, sind die Ehegatten auch nach der Trennung zur ehelichen Treue verpflichtet[14], und die

---

[10] vgl. Lewin, a. a. O. Seite 44.
[11] vgl. Ringwald, a. a. O. Seite 71.
[12] vgl. Egger, Komm. z. Schweiz. Z.G.B., II. Band, Anm. 3 b zu Art. 146 Z.G.B. und Lewin, Seite 45.
[13] vgl. Egger, a. a. O. Anm. III. 1. zu Art. 149.
[14] vgl. Ringwald, Seite 72.

während der Trennungszeit geborenen oder erzeugten Kinder sind ehelich (Art. 252 Z.G.B.); die Anfechtung ihrer Ehelichkeit ist jedoch erleichtert (Art. 255 Abs. 2 Z.G.B.). Die Frau behält den Namen des Mannes, auch die gegenseitige Unterhaltspflicht dauert fort. Die Trennung hat dagegen nicht wie im französischen und deutschen Recht ipso jure die Aufhebung des Güterstandes zur Folge, sondern der Richter entscheidet nach freiem Ermessen über die Beibehaltung oder Beseitigung des bisherigen Güterstandes; dabei hat er die Dauer der Trennung sowie die Verhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen.[15] Der Richter muß jedoch die Gütertrennung anordnen, wenn einer der Ehegatten es wünscht (Art. 133 Abs. 2 Z.G.B.). In erbrechtlicher Beziehung tritt durch die Trennung keine Aenderung ein, das Erbrecht und das Pflichtteilsrecht der Ehegatten bleibt bestehen. Das Verhältnis der Ehegatten zu den Kindern kann der Richter bei der Trennung besonders regeln (Art. 156 Z.G.B.).

Die Trennung endigt entweder durch Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft oder durch Umwandlung in Scheidung. Die Wiedervereinigung der Ehegatten ist an keine Form gebunden und jederzeit möglich; es bedarf weder einer Mitteilung an die Oeffentlichkeit wie im französischen Recht, noch einer Anzeige an das Gericht wie im österreichischen Recht[16]; es genügt die Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft mit dem beiderseitigen festen Willen, wieder ständig zusammenzuleben. Wenn keine Aussöhnung der Ehegatten erfolgt, kann grundsätzlich jeder Teil die Scheidung verlangen, und zwar bei der Trennung auf bestimmte Zeit mit Ablauf der Trennungszeit, bei der auf unbestimmte Zeit ausgesprochenen Trennung frühestens nach 3 Jahren (Art. 147 Abs. 2 und 3 Z.G.B.)[17]. Die Umwandlung in Scheidung steht nicht im Ermessen des Richters, sondern ist obligatorisch vorgeschrieben. Eine Einschränkung gilt aber für den ausschließlich schuldigen Ehegatten: seiner Klage auf Scheidung ist nur stattzugeben, wenn der andere Teil die Wiedervereinigung ablehnt. Während nach deutschem und französischem Recht die Schuldfrage beim Scheidungsurteil nicht mehr neu geprüft, sondern einfach die im Trennungsurteil getroffene Feststellung übernommen wird, fällt der Scheidungsrichter nach schweizerischem Recht eine neue Entscheidung, da er neben den früheren Feststellungen auch die seit dem Trennungsurteil eingetretenen Verhältnisse zu berücksichtigen hat (Art. 148 Z.G.B.). Daher ist es durchaus möglich, daß der im Trennungsurteil für

---

[15] vgl. Ringwald, Seite 72.

[16] vgl. unten Seite 42.

[17] vgl. Lewin, Seite 47.

alleinschuldig erklärte Ehegatte im Scheidungsurteil als der weniger Schuldige angesehen wird.

Obwohl also die Trennung von Tisch und Bett nach schweizerischem Recht in manchen Punkten von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. abweicht, sind dennoch die beiden Institute als gleichwertig zu betrachten, da sie in ihrer Grundauffassung übereinstimmen; daher kann auch ein Deutscher in der Schweiz aus einem in beiden Ländern anerkannten Scheidungsgrund auf Trennung klagen.[18]

3. Kapitel:

Die Trennung von Tisch und Bett im schwedischen Recht.

Bemerkenswert ist, daß auch in den überwiegend protestantischen nordischen Ländern (Dänemark, Schweden, Norwegen) das Institut der Trennung eingeführt ist. In diesen Staaten hat die Trennung jedoch nicht die Aufgabe, das kanonische Recht zu ersetzen. Dieser Gesichtspunkt wird ursprünglich bei der Aufnahme der Trennung in das Gesetz mitbestimmend gewesen sein, heute jedenfalls hat diese Einrichtung vor allem den Zweck, die Ehescheidung vorzubereiten. Die Trennung wird im nordischen Recht als eine Vorstufe der Scheidung behandelt, als ein Mittel, auf dem Weg zur Scheidung befindliche Ehegatten noch etwas zurückzuhalten und ihnen eine Versöhnungsmöglichkeit zu gewähren.[19] Diese Auffassung des Gesetzes hindert aber nicht, daß katholische Ehegatten in den skandinavischen Staaten die Trennung als kanonische Separatio betrachten und als solche gebrauchen. Denn das Wesen der Einrichtung besteht auch hier darin, daß die eheliche Lebensgemeinschaft mit staatlicher Genehmigung aufgehoben wird, sodaß die Ehegatten zeitlebens getrennt leben können, ohne geschieden zu sein.

Im folgenden soll das schwedische Recht, dem die übrigen skandinavischen Rechte weitgehend angeglichen sind, in seinen Grundzügen kurz dargestellt werden. Das schwedische Ehegesetz vom Jahre 1920 unterscheidet zwei Möglichkeiten, eine gerichtliche Trennung herbeizuführen: die Trennung auf Grund gegenseitigen Uebereinkommens der Ehegatten und die Trennung auf einseitigen Antrag. Da das schwedische Gesetz keineswegs bestrebt ist, unhaltbar gewordene Ehen zwangsweise aufrecht zu erhalten, hat es die einverständliche Trennung eingeführt. Ehegatten, die auf Grund tiefer und dauernder Entzweiung das Zu-

[18] vgl. Bergmann, Intern. Ehe- und Kindschaftsrecht, Nachtrag V. 1934, Seite 90.

[19] vgl. Rechtsvergl. Handwörterbuch Seite 725, 2. Band.

sammenleben nicht fortsetzen können, haben Anspruch auf gerichtliche Trennung, wenn sie darüber einig sind.[20] Auf den ersten Blick erscheint es so, als ob auf diese Weise die Trennung sehr leicht und einfach erreicht werden könnte; bedenkt man ferner, daß — wie noch weiter unten darzustellen sein wird — nach einer gewissen Trennungszeit die Scheidung verlangt werden kann, so könnte man bei oberflächlicher Betrachtung zu der Ansicht gelangen, daß das schwedische Eherecht die freie Scheidung auf Grund eines Vertrages der Ehegatten anerkennt. Diese Ansicht ist aber nicht zutreffend. Das schwedische Gesetz geht im Gegensatz zu unserm B.G.B., welches das Verschuldensprinzip zu Grunde legt, im Scheidungsrecht vom Zerrüttungsgrundsatz aus. Danach können Ehen geschieden werden, die so tief zerrüttet sind, daß ein weiteres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen und der Würde der Ehe unvereinbar ist, ohne daß es darauf ankommt, ob einen der Gatten ein Verschulden trifft. In diesem Sinne ist auch die erwähnte Bestimmung des schwedischen Gesetzes zu verstehen. Nicht aus einer vorübergehenden Laune oder Mißstimmung heraus können die Ehegatten die Trennung verlangen; der Richter kann nämlich die Ehe nur trennen, wenn er die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die Zerwürfnisse der Gatten dauernd und die Grundlagen der Ehe unheilbar zerstört sind. Mit diesem Zerrüttungsgrundsatz braucht also keineswegs eine Erleichterung der Trennung bezw. Scheidung verbunden zu sein. Das schwedische Gesetz will nur den Ehegatten, die nicht mehr zusammenfinden können, ermöglichen, in Ruhe und Frieden auseinanderzugehen, ohne sich erst gegenseitig zu verfeinden und nach gesetzlichen Gründen für die Trennung suchen oder solche vortäuschen zu müssen.

Die Trennung kann ferner auf einseitigen Antrag eines Ehegatten erfolgen, wenn sich der andere Teil bestimmter Verfehlungen schuldig gemacht hat; so wenn er z. B. die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten oder den Kindern verletzt, wenn er dem Mißbrauch berauschender Mittel, wie Alkohol, Morphium oder Kokain verfallen ist oder ein lasterhaftes Leben führt. Ein weiterer Trennungsgrund ist gegeben — hier tritt der Zerrüttungsgrundsatz wieder deutlich in Erscheinung —, wenn infolge Verschiedenartigkeit der Charaktere oder aus anderen Gründen eine tiefe und dauernde Entzweiung zwischen den Eheleuten entstanden ist.[21] Das Recht, die Trennung zu verlangen, wird aber durch den Zusatz eingeschränkt: „falls nicht mit Rück-

[20] vgl. § 1 Kapitel 11 des Ehegesetzes von 1920; Crusen-Steuber, u. a., Das Eherecht der europäischen Staaten, IV. Bd., Seite 641.

[21] vgl. § 2 Kapitel 11 schwed. Ehegesetz; Crusen-Steuber, a. a. O. Seite 641.

sicht auf das eigene Verhalten oder andere Umstände die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft gefordert werden kann." Der Richter hat also zu prüfen, ob dem klagenden Ehegatten bei Würdigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls trotz der Verfehlungen des andern Ehegatten die Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft zuzumuten ist. Dies wird in der Regel der Fall sein, wenn das Verhalten des einen Ehegatten das des andern hervorgerufen hat, wenn z. B. fortwährende Beleidigungen des einen Teils zu einer Körperverletzung durch den andern Ehegatten geführt haben.

Hinsichtlich der Rechtswirkungen der Trennung weist das schwedische Recht vor allem die eine Besonderheit auf, daß die Ehegatten die Rechtsfolgen schon vor erfolgter Trennung vertraglich bestimmen können. Das Gesetz hat zwar von sich aus einige Rechtsfolgen festgesetzt, doch diese sind kein jus cogens d. h. für die Ehegatten nicht bindend. Daneben gilt nämlich der Grundsatz der Vertragsfreiheit: die Ehegatten können rechtswirksam miteinander vereinbaren, in welcher Weise die Vermögensteilung stattfinden soll, welcher Ehegatte Unterhalt bezahlen soll und wieviel, welcher Ehegatte die Personenfürsorge über die Kinder erhalten soll usw. Die Verträge müssen sich jedoch im Rahmen des Gesetzes halten; ihr Inhalt darf nicht dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, sonst können sie für ungültig erklärt werden[22]. Haben die Eheleute keine derartige Vereinbarung getroffen, so greifen die gesetzlichen Bestimmungen Platz. Danach hat unter den Ehegatten nach der Trennung eine Vermögensauseinandersetzung stattzufinden[23]; die Ehegatten sind sich im Bedürftigkeitsfalle gegenseitig zur Unterhaltsleistung verpflichtet, jedoch soll der Ehegatte, der die hauptsächliche Schuld an der Trennung trägt, nur bei Vorliegen wichtiger Gründe einen Unterhaltsanspruch zugebilligt erhalten.

Ziehen die Ehegatten wieder zusammen, so fallen die mit der Trennung verbundenen Wirkungen ohne weiteres weg, die Gütertrennung bleibt jedoch bestehen. Da das nordische Institut der Trennung in erster Linie dazu dient, die Scheidung einzuleiten, ist es selbstverständlich, daß die Trennung nach einer bestimmten Zeit in Scheidung übergehen kann. Nach einjähriger Trennung kann von jedem Ehegatten die Scheidung beantragt werden. Der Richter hat dann wie im deutschen Recht nur zu prüfen, ob nicht in der Zwischenzeit die eheliche Gemeinschaft wie-

[22] vgl. Fritze, Die Wirkungen der Ehetrennung und Ehescheidung für Ehegatten und Kinder im modernen skandin. Recht, S. 75.

[23] § 15 Kapitel 11 des Ehegesetzes; vgl. auch Crusen-Steuber, S. 642.

der aufgenommen worden ist; ist dies nicht der Fall, so muß die Scheidung vollzogen werden.[24]

Neben den erwähnten besonderen Trennungsgründen kennt das schwedische Recht noch eine Reihe von Scheidungsgründen, die einen unmittelbaren Anspruch auf Scheidung ohne vorherige Trennung gewähren. Dies sind überwiegend Verschuldenstatbestände, nämlich Ehebruch, böswilliges Verlassen, Doppelehe, Lebensnachstellung, grobe Mißhandlung u. a. Selbstverständlich kann auch aus diesen Gründen zunächst auf Trennung geklagt werden, wenn der eine Ehegatte glaubt, daß sich der andere wieder bessern werde. In vielen Fällen werden sich auch die absoluten Scheidungsgründe mit den Trennungsgründen decken, wenn z. B. das lasterhafte Leben des einen Ehegatten in Ehebruch besteht.

Die Eigenart des schwedischen Rechts liegt also darin, daß es im Gegensatz zu den andern Ländern, die wir seither betrachtet haben, neben den Scheidungsgründen noch besondere Tatbestände aufstellt, die zunächst nur zur Trennung berechtigen und erst nach einer bestimmten Zeit zur Scheidung führen können. Diese Trennungsgründe können daher als relative Scheidungsgründe bezeichnet werden.

4. Kapitel:

Die Scheidung von Tisch und Bett im österreichischen Recht.

Das Oesterreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (A.B.G.B.) vom Jahre 1811 ist auf konfessioneller Grundlage aufgebaut. Die katholische Lehre von der Unlösbarkeit der Ehe hat im Ehescheidungsrecht Oesterreichs den Sieg davongetragen[25]: § 111 A.B.G.B. bestimmt, daß das Band einer gültigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod eines der Ehegatten getrennt werden kann.[26] Dieser Grundsatz gilt schon dann, wenn nur ein Ehegatte zur Zeit der Eheschließung der katholischen Religion angehört. Während die Ehen der Protestanten, Juden, Altkatholiken und Konfessionslosen bei Vorliegen eines gesetzlichen Trennungsgrundes geschieden werden können, — die näheren Voraussetzungen und das Verfahren der Trennung können im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden — gibt

[24] vgl. § 3 Kap. 11 a. a. O.

[25] zu beachten ist jedoch, daß das A.B.G.B. nicht für das österr. Burgenland gilt; dort ist das ungarische Eherecht mit Auflösungsmöglichkeit der Ehe beibehalten.

[26] Nach österreichischem Sprachgebrauch bedeutet Trennung der Ehe Scheidung dem Bande nach, und umgekehrt wird die Trennung von Tisch und Bett als Scheidung v. T. u. B. bezeichnet.

es für Katholiken nach staatlichem Recht nur die Möglichkeit, die Scheidung von Tisch und Bett herbeizuführen.[27] Das österreichische Recht unterscheidet dabei im Gegensatz zum kanonischen Recht die Scheidung auf Grund Einverständnisses der Ehegatten und die nichteinverständliche Scheidung.

Die einverständliche Scheidung des österreichischen Rechts hat eine gewisse Aehnlichkeit mit dem oben behandelten schwedischen Institut der Trennung auf Grund gegenseitigen Uebereinkommens, sie unterscheidet sich aber andererseits vor allem dadurch, daß das Gericht hier nicht zu untersuchen hat, ob tatsächlich eine tiefe Zerrüttung der Ehe eingetreten ist, und ferner dadurch, daß eine spätere Umwandlung in eine völlige Auflösung der Ehe ausgeschlossen ist. Die Ehegatten dürfen zwar die eheliche Lebensgemeinschaft nicht eigenmächtig, ohne Bewilligung des Gerichts, aufheben (§ 93 A.B.G.B.), sie müssen vielmehr beim Bezirksgericht den gemeinschaftlichen Antrag auf Scheidung von Tisch und Bett stellen; dieses hat jedoch ohne nähere Erforschung des Sachverhalts und der Beweggründe die Scheidung zu gestatten, sofern die Eheleute bestätigen, daß sie sich über die Vermögensauseinandersetzung und die Unterhaltsfrage geeinigt haben. Das Gericht hat kein Recht, nachzuprüfen, ob und in welcher Form eine solche Einigung erfolgt ist; es muß sich damit begnügen, daß die Ehegatten dies behaupten. Das Verfahren ist nur dadurch etwas erschwert, daß dem Scheidungsantrag entweder drei Versöhnungsversuche durch den Pfarrer oder einer durch das Gericht vorauszugehen haben (§ 104 A.B.G.B.). Erst wenn die Aussöhnung erfolglos versucht worden ist, kann unter Vorlage einer Bescheinigung das Scheidungsgesuch beim ordentlichen Gericht angebracht werden. Die einverständliche Scheidung wird nicht durch richterliches Urteil, sondern mittels eines Beschlusses bewilligt; denn sie ist eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit (sog. Verfahren außer Streitsachen[28]).

Die nichteinverständliche Scheidung kommt dann in Frage, wenn ein Ehegatte die Scheidung ablehnt oder eine Einigung über die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung nicht zustandekommt. In diesem Fall müssen aber rechtmäßige Gründe, die nach dem Gesetz zur Scheidung berechtigen, geltend gemacht werden können. Solche Gründe sind nach § 109 A.B.G.B.: wenn der beklagte Ehegatte eines Ehebruchs oder eines Verbrechens schuldig erklärt worden ist; wenn er den Kläger boshaft verlassen oder einen unordentlichen Lebenswandel geführt hat, so-

[27] Das am 5. Juni 1933 abgeschlossene Konkordat sieht jedoch auch für Katholikenehen unter bestimmten Voraussetzungen eine vollständige Auflösung der Ehe vor. Näheres unten Seite 46 ff.

[28] vgl. Leske-Löwenfeld a. a. O. Seite 80.

daß ein erheblicher Teil des Vermögens des klagenden Ehegatten oder die guten Sitten der Familie in Gefahr gesetzt werden; ferner Nachstellungen, die dem Leben oder der Gesundheit des Klägers gefährlich sind, schwere Mißhandlungen oder empfindliche, wiederholte Kränkungen und anhaltende, mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen des beklagten Ehegatten. Diese Aufzählung ist jedoch nach herrschender Auffassung nicht erschöpfend, sondern nur beispielsweise, sodaß auch aus anderen ähnlichen Gründen die Scheidung ausgesprochen werden kann.[29] Zunächst müssen auch bei der nichteinverständlichen Scheidung die gütlichen Vorstellungen des Pfarrers oder ein Sühneversuch des Gerichts stattfinden. Im Falle der Erfolglosigkeit hat das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und insbesondere Beweis darüber zu erheben, ob der vom Kläger behauptete Scheidungsgrund in der Person des Beklagten gegeben ist. Die Entscheidung des Gerichts erfolgt durch Urteil, in dem — wie im deutschen Recht — der schuldige Teil festzustellen ist; denn diese Feststellung ist für die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung von Bedeutung. Eine Abweichung vom deutschen Recht besteht aber darin, daß auch ohne besonderen Antrag des Beklagten der Kläger für mitschuldig erklärt werden kann.[30]

Da die Scheidung von Tisch und Bett das Eheband unberührt läßt, ist eine Wiederverheiratung der geschiedenen Ehegatten, solange beide leben, nicht möglich. Dagegen steht es ihnen frei, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Die Wiedervereinigung muß aber entweder dem Gericht, welches die Scheidung ausgesprochen hat, oder dem Bezirksgericht des neuen gemeinschaftlichen Wohnsitzes der Ehegatten angezeigt werden (§ 110 A.B.G.B.) [31]. Es ist eine Streitfrage, welche Bedeutung der Anzeige beizumessen ist, ob die Scheidungswirkungen schon mit der Wiedervereinigung oder erst mit der Anzeige bei Gericht hinfällig werden. Die überwiegende Ansicht geht dahin, daß es sich bei der Anzeigepflicht um eine Ordnungsvorschrift handelt, die sachlich ohne Bedeutung ist, daß es also allein auf die Tatsache der Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ankommt. [32]

Die Scheidung von Tisch und Bett hat zur Folge, daß der gemeinsame Wohnsitz und die Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht aufgehoben wird; es entfällt auch die gegenseitige Bei-

---

[29] vgl. Leske-Löwenfeld a. a. O. Seite 73.

[30] vgl. Heinz Sandoz, Das in Deutschland und Oesterreich geltende Ehescheidungsrecht und die Reformbestrebungen, Seite 46.

[31] vgl. Leske-Löwenfeld, a. a. O. Seite 74.

[32] vgl. Ehrenzweig, Syst. des österr. Allg. Privatr. S. 93, 2. Bd.

standspflicht und die Pflicht des Mannes zur Vertretung der Frau, während diese den Namen und den Stand des Mannes behält. Die Pflicht zur ehelichen Treue bleibt bestehen. Geschlechtsverkehr eines geschiedenen Ehegatten mit einer dritten Person ist an sich nach dem Gesetz strafbarer Ehebruch.[33] Die vermögensrechtlichen Folgen und die Unterhaltsverpflichtungen sind bei der einverständlichen und der nichteinverständlichen Scheidung verschieden. Bei ersterer entscheidet die Vereinbarung der Ehegatten, die — wie oben ausgeführt — vor der Bewilligung der Scheidung stets zu treffen ist, „ob sie ihre Ehepakte fortdauern lassen oder auf welche Art sie dieselben abändern wollen" (§ 1263 A.B.G.B.). Unter Ehepakten sind die Verträge der Ehegatten zu verstehen, die ihre Vermögensverhältnisse während der Ehe, die Versorgung des überlebenden Ehegatten u. ä. regeln. Bei der einverständlichen Scheidung gilt also hinsichtlich der Bestimmung der vermögensrechtlichen Folgen Vertragsfreiheit. Bei der durch Urteil ausgesprochenen nichteinverständlichen Scheidung kommt es darauf an, welcher Ehegatte die Schuld an der Scheidung trägt; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt oder sind beide schuldlos (z. B. im Fall der Scheidung wegen eines ansteckenden Leibesgebrechens), so kann jeder Teil die Aufhebung der Ehepakte im Wege der Klage verlangen. Ist ein Ehegatte allein schuldlos, so steht es ihm frei, die Fortsetzung oder die Aufhebung der Ehepakte oder den angemessenen Unterhalt zu fordern (§ 1264 A.B.G.B.). Für die Zuteilung der Kinder ist in erster Linie die Vereinbarung der Eltern maßgebend, sofern ihr nicht die Genehmigung durch das Pflegschaftsgericht versagt wird, wenn sie dem Wohl der Kinder zuwiderläuft. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so nimmt das Pflegschaftsgericht die Zuteilung der Kinder selbst vor.[34]

In engstem Zusammenhang mit dem Institut der Scheidung von Tisch und Bett steht die vielbesprochene österreichische „Dispens-Ehe", die im folgenden kurz gestreift werden soll. Die Dispenseche stellt nämlich eine eigentümliche Umgehung des aus dem Wesen der Scheidung von Tisch und Bett sich ergebenden Verbotes der Wiederverheiratung dar. Da viele Katholiken nicht darauf verzichten wollten, nach dem Scheitern der ersten Ehe eine neue glücklichere Ehe einzugehen, eine gesetzliche Aenderung des Scheidungsrechts jedoch nicht erreicht werden konnte,

[33] Die österreichischen Gerichte sind jedoch mit der Bestrafung sehr zurückhaltend, da sie den Schutz der ehel. Treue von dem Bestehen eines ehelichen Gemeinschaftslebens abhängig machen. Vgl. Bombiero. Seite 449.

[34] vgl. Sandoz a. a. O. Seite 54.

zeigte die im Jahre 1918 zur Macht gelangte Sozialdemokratie einen Weg, der als Ersatz für ein modernes Ehescheidungsrecht dienen sollte. In § 83 A.B.G.B. ist nämlich bestimmt, daß die Landesbehörde aus wichtigen Gründen Nachsicht von Ehehindernissen erteilen kann. Um von Tisch und Bett geschiedenen Katholiken die Eingehung einer neuen Ehe zu ermöglichen, gewährten die Verwaltungsbehörden auf Grund der erwähnten Vorschrift „Dispens" vom Hindernis des Ehebandes des § 62 A.B.G.B., der die Einehe gesetzlich festlegt mit den Worten: „Ein Mann darf nur mit einem Weibe, und ein Weib darf nur mit einem Mann zu gleicher Zeit verheiratet sein."

Hauptsächlich der niederösterreichische Landeshauptmann Sever hat sich damit einen Namen gemacht, daß er zahlreichen Katholiken auf diesem Wege die Wiederverehelichung gestattete, auch wenn sie nicht einmal von Tisch und Bett geschieden waren. Diese Ehen wurden allgemein als „Severehen" bezeichnet. Das Institut der Dispensehen und die Frage ihrer Gültigkeit hat in Oesterreich eine große Verwirrung und Rechtsunsicherheit hervorgerufen und zu mannigfachen Streitfragen, wissenschaftlichen Erörterungen und gerichtlichen Entscheidungen Anlaß gegeben. Die ordentlichen Gerichte haben fast durchweg die Dispensehen für nichtig erklärt. Insbesondere hat der Oberste Gerichtshof in Wien in einem ausführlichen Gutachten vom 11. Mai 1921 und in verschiedenen Beschlüssen den Standpunkt vertreten, daß weder der von der Verwaltungsbehörde erteilte Dispens noch die zweite Eheschließung das Band der ersten Ehe zur Auflösung bringen könne. Denn § 111 A.B.G.B. bestimme ausdrücklich, daß das Band einer gültigen Ehe zwischen Katholiken nur durch den Tod eines Ehegatten getrennt werden könne; das Ehehindernis des Ehebandes sei daher unauflöslich. Angesichts des in § 62 A.B.G.B. festgelegten Grundsatzes der Einehe sei es auch nicht möglich, beide Ehen nebeneinander bestehen zu lassen.

Somit war es zum offenen Bruch zwischen Verwaltung und Rechtsprechung gekommen; denn auf der einen Seite gestattete die Verwaltungsbehörde den Abschluß einer neuen Ehe und andererseits erklärten die Gerichte diesen Verwaltungsakt für ungültig. Zur Beilegung dieses Streites wurde der österreichische Verfassungsgerichtshof öfters angerufen. In zwei bedeutsamen Erkenntnissen vom 5. November 1927 und vom 27. Februar 1928[35] hat dieser den Kompetenzstreit zu Gunsten der Verwaltungsbehörden entschieden: die Dispenserteilung, für die der Landeshauptmann zuständig sei, stelle einen Verwaltungsakt dar, der

[35] vgl. Bergmann, a. a. O. Nachtrag II. 1930, S. 126 ff.

von Amts wegen nur von der ihn erlassenden Verwaltungsbehörde oder von der vorgesetzten Behörde aufgehoben werden könne. Die materielle Rechtskraft des Verwaltungsaktes binde auch die Gerichte: diese seien nicht befugt, selbständig die Vorfrage zu entscheiden, ob ein von der Verwaltungsbehörde erteilter Ehedispens rechtmäßig sei; andernfalls würden sie den Verwaltungsakt mittelbar aufheben, und damit entstehe ein bejahender Kompetenzkonflikt zwischen Verwaltung und Gericht.

Demgegenüber hat der Oberste Gerichtshof nach wie vor an seiner oben dargelegten Auffassung festgehalten und erklärt, die Gerichte seien an die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes nur in den Fällen gebunden, in denen der Verfassungsgerichtshof die Zuständigkeitsüberschreitung des Gerichts ausdrücklich ausgesprochen habe.[36] Im übrigen seien die Gerichte in der rechtlichen Beurteilung der Dispensehen völlig frei. Da die Dispenserteilung mit einer absoluten Nichtigkeit behaftet sei, könnten die Gerichte die Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes auch vor dessen formeller Aufhebung wahrnehmen. Der Dispens verstoße nicht nur gegen die §§ 62 und 111 A.B.G.B.[37], sondern führe sogar mindestens objektiv einen strafgesetzwidrigen Erfolg, nämlich den Tatbestand der Doppelehe, herbei.

Der gegensätzliche Standpunkt der beiden höchsten österreichischen Gerichte hatte die Rechtssicherheit noch mehr beeinträchtigt; denn zahlreiche Untergerichte schwenkten nun um und machten sich die Auffassung des Verfassungsgerichtshofes von der bindenden Kraft der Dispenserteilung zu eigen.[38] Inzwischen hat aber der Verfassungsgerichtshof in einem Erkenntnis vom 7. Juli 1930 seine Stellungnahme geändert und damit eine neue Entwicklung in der Frage der Dispensehen eingeleitet. Er hat nämlich in dieser neuen Entscheidung entgegen seinen früheren Ausführungen das Vorliegen eines bejahenden Kompetenzkonfliktes zwischen Verwaltung und Gericht für den Fall verneint, daß ein Gericht einen vom Landeshauptmann erteilten Dispens für nichtig erklärt. Der Verfassungsgerichtshof stützt sich dabei nunmehr auf folgende Erwägung: die Entscheidung des Landeshauptmannes und die Entscheidung des Gerichts beziehen sich auf zwei verschiedene Tatbestände; der Landeshauptmann entscheide vor dem Abschluß der Dispensehe über das Gesuch um Erteilung des Dispenses, wozu er nach § 83 A.B.G.B. ausschließlich zuständig sei; das Gericht dagegen prüfe erst nach Eingehung der neuen Ehe deren Gültigkeit. Die Frage, ob die Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit zur Prüfung der Ungültigkeit einer

[36] Beschluß vom 9. Mai 1928, Bergmann Nachtrag II. 1930, S. 132.
[37] über deren Inhalt siehe oben.
[38] vgl. Sandoz, a. a. O. Seite 65.

Ehe an einen rechtskräftigen Verwaltungsakt, der für die gerichtliche Entscheidung eine Vorfrage bilde, gebunden seien, sei nicht mehr eine Kompetenzfrage, sondern eine materiellrechtliche Frage, deren Prüfung dem Verfassungsgerichtshof nicht zustehe. Es sei auch nicht richtig, wenn behauptet werde, das Gericht hebe den Verwaltungsakt auf, wenn es den Dispens für seine Entscheidung als belanglos betrachte; denn die rechtlichen Wirkungen der Dispenserteilung als solcher würden von der Entscheidung des Gerichts nicht berührt.

Damit haben die Gerichte wieder freie Bahn und sind in der Lage, in jedem Fall, in dem sie die Gültigkeit einer Ehe zu prüfen haben, die Dispenserteilung unberücksichtigt zu lassen. Mag auch diese Tatsache dazu beigetragen haben, daß die Verwaltungsbehörden nunmehr in der Dispenserteilung zurückhaltender sind [39], so besteht doch immer noch der unhaltbare Rechtszustand, daß auf Grund eines Dispenses eine zweite Ehe geschlossen werden kann, welche die rechtlichen Wirkungen einer vollgültigen Ehe solange besitzt, bis sie von irgend einer Seite angefochten wird. Es findet sich also im österreichischen Recht die eigenartige Erscheinung, daß die Verwaltungsbehörden — wenigstens objektiv — die öffentliche Erlaubnis zur Doppelehe erteilen.

Durch das am 5. Juni 1933 zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Oesterreich abgeschlossene Konkordat hat das österreichische Eherecht einige wichtige Neuerungen erfahren.[40] Die Aenderungen erstrecken sich vor allem auf die Zuständigkeit und das Verfahren in Ehesachen, doch auch das materielle Eherecht wurde durch die in Artikel VII des Konkordates enthaltenen Bestimmungen beeinflußt.[41] Im Rahmen dieser Abhandlung sind zwei dieser eherechtlichen Bestimmungen, die sich mit der Auflösung der Ehe bezw. mit der Scheidung von Tisch und Bett befassen, von besonderer Bedeutung.

In § 3 Art. VII des Konkordates anerkennt der österreichische Staat die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte für das Verfahren hinsichtlich des Dispenses von einer geschlossenen, aber nicht vollzogenen Ehe. Nach kirchlicher Lehre ist nämlich eine Ehe zwischen Getauften oder zwischen einer getauften und einer ungetauften Person erst von dem Augenblick an unauflösbar, in dem sie vollzogen ist, d. h. die geschlechtliche Vereinigung der Ehegatten stattgefunden hat. Solange die Ehe nicht vollzogen ist, kann sie auf Antrag eines Ehegatten durch eine Verfügung des Papstes aufgelöst werden [42]. Es besteht jedoch keinerlei Rechts-

[39] vgl. Bombiero, a. a. O. Seite 448, Anm. 2 a. E.
[40] vgl. Sperl, D.J.Z. 1935, Sp. 341.
[41] vgl. Haring, Kommentar z. neuen österreich. Konkordat, Seite 38.
[42] vgl. Köstler, österr. Konkordats-Eherecht, Seite 118.

anspruch auf die Lösung des Ehebandes, es handelt sich vielmehr um einen reinen Gnadenakt des Papstes; außerdem ist – abgesehen von dem Nichtvollzug der Ehe — Voraussetzung für die päpstliche Befreiung, daß ein triftiger Grund für die Auflösung der Ehe vorliegt. Zunächst wird der für den Wohnsitz der Ehegatten zuständige Ordinarius von der Sakramentenkongregation in Rom beauftragt, die Grundlagen des Trennungsgesuches, insbesondere den Nichtvollzug der Ehe nachzuprüfen. Auf Grund des Ergebnisses dieser Ermittlungen gibt die Sakramentenkongregation ein Gutachten ab und übermittelt dasselbe samt dem Untersuchungsbericht dem Papst[43]. Erachtet dieser nach freiem Ermessen die Voraussetzungen für gegeben, so löst er als Stellvertreter Christi kraft seiner Binde- und Lösegewalt das Eheband auf; die Ehe gilt dann für den kirchlichen Bereich im Zeitpunkt seiner Entscheidung getrennt. Nach dem Konkordat ist die Verfügung des Papstes alsdann dem päpstlichen Kassationshof zu übersenden, der die Einhaltung der kirchlichen Verfahrensvorschriften überprüft. Um der Verfügung des Papstes auch für den staatlichen Bereich Geltung zu verschaffen, ist weiter bestimmt, daß der Kassationshof die Entscheidung an den österreichischen Obersten Gerichtshof in Wien weiterleitet, sofern er das kirchliche Verfahren in Ordnung findet. Da sich sämtliche eherechtlichen Bestimmungen des Konkordates nur auf solche Ehen beziehen, welche vor einem Priester der katholischen Kirche gemäß dem kanonischen Recht abgeschlossen worden sind[44], stellt der Oberste Gerichtshof lediglich fest, ob die Verfügung des Papstes eine solche kirchliche Ehe zum Gegenstand hat und ob diese Ehe auch bürgerlich-rechtlich wirksam geworden ist. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so erklärt der Oberste Gerichtshof durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung die päpstliche Trennungsverfügung für vollstreckbar, und mit diesem Zeitpunkt gilt die Ehe auch hinsichtlich ihrer bürgerlichen Rechtswirkungen als dem Bande nach getrennt[45]. Die staatliche Anerkennung der päpstlichen Trennung wirkt also nicht auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Papstes zurück. Nach der staatlichen Vollstreckbarerklärung können nunmehr beide Ehegatten eine neue Ehe eingehen.

Damit ist der Grundsatz des § 111 A.B.G.B. durchbrochen. Während vor dem Konkordat nach dem staatlichen Recht der Republik Oesterreich bereits mit dem gültigen Abschluß der Ehe ohne Rücksicht auf deren geschlechtlichen Vollzug die Un-

[43] vgl. über das Verfahren eingehend Köstler, Oesterr. Konkordatseherecht Seite 161 ff.

[44] vgl. Köstler a. a. O. Seite 16/17.

[45] § 4 des österr. Durchführungsgesetzes zum Konkordat v. 4. Mai 1934.

auflöslichkeit des Ehebandes verbunden war, anerkennt jetzt der österreichische Staat das päpstliche Dispensverfahren auch für den Bereich des staatlichen Rechts und ermöglicht somit — allerdings nur im Rahmen des kanonischen Rechts — unter den erwähnten, eng begrenzten Voraussetzungen eine vollständige Auflösung der Ehe. Damit ist eine durchaus verständliche Anpassung des staatlichen Rechtes an die kirchliche Lehre erfolgt: denn es ist nicht einzusehen, weshalb das staatliche Eherecht Oesterreichs, welches sich zumeist an das kanonische Recht anlehnt, in der Frage der Eheauflösung engherziger als das kirchliche Recht sein sollte.

Die zweite in diesem Zusammenhang wichtige Bestimmung ist in dem zum Konkordat geschlossenen Zusatzprotokoll enthalten. Dort willigt der Heilige Stuhl ausdrücklich ein, daß das Verfahren hinsichtlich der Trennung der Ehe von Tisch und Bett den staatlichen Gerichten zusteht. Nach § 7 des Durchführungsgesetzes zum Konkordat vom 4. Mai 1934 haben die staatlichen Gerichte das geltende staatliche Recht anzuwenden, sodaß die österreichische Scheidung von Tisch und Bett weder nach ihren Voraussetzungen noch nach der Form ihrer Durchführung durch das Konkordat geändert worden ist. Die Kirche macht damit eine Ausnahme von dem Grundsatz ihrer ausschließlichen Ehegerichtsbarkeit und anerkennt das staatliche Trennungsverfahren, welches also sowohl für den staatlichen, als auch kirchlichen Bereich wirksam ist. Diese Bestimmung ist umso bemerkenswerter, als — wie oben dargestellt — das österreichische Recht die Scheidung von Tisch und Bett auch aus andern Gründen als das kanonische Recht zuläßt und insbesondere eine einverständliche Scheidung kennt. Dieses Entgegenkommen der katholischen Kirche entspricht den weitgehenden Zugeständnissen, die ihr in dem Konkordat auf andern Gebieten gemacht worden sind: jedenfalls wird der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die Kirche gewesen sein, daß bei der österreichischen Scheidung von Tisch und Bett eine Umwandlung in eine völlige Lösung des Ehebandes nicht möglich ist und damit das Grundprinzip der katholischen Lehre gewahrt bleibt. [46]

Die Dispensehe ist im Konkordat mit keinem Wort erwähnt: selbstverständlich hat sie auch die Kirche stets für null und nichtig erklärt. [47]

---

[46] vgl. Bombiero, Arch. f. kath. Kirchenrecht Bd. 114 S. 445 Anm. 2.
[47] vgl. Sperl, D.J.Z. 1935, Sp. 341.

5. Kapitel:

Die Trennung der Ehegatten nach italienischem Recht.

Dem italienischen Bürgerlichen Gesetzbuch vom Jahre 1865 ist die Ehescheidung dem Bande nach gänzlich unbekannt. Das italienische Recht geht also erheblich weiter als das österreichische, indem es nicht nur die Ehen von Katholiken, sondern jede Ehe für unauflösbar erklärt (Art. 148 C. c.)[48]. Nur die persönliche Trennung der Ehegatten durch richterliches Urteil ist zulässig. Dabei ist — wie im österreichischen Recht — zwischen einverständlicher und nichteinverständlicher Trennung zu unterscheiden. Art. 158 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt, daß eine rechtswirksame Trennung auf Grund Einverständnisses der Ehegatten der Bestätigung durch das Gericht bedarf: diese Regelung ist ähnlich wie in § 93 des österr. A.B.G.B.[49] Die Gründe für eine nicht einverständliche Trennung sind im italienischen Gesetz erschöpfend aufgezählt:[50] Ehebruch der Frau; Ehebruch des Mannes nur dann, wenn er die Beischläferin im eigenen Hause oder offenkundig an einem anderen Ort aushält oder wenn die Umstände eine schwere Beleidigung der Frau ergeben; ferner böswillige Verlassung, grobe Ausschreitungen, Mißhandlungen, schwere Drohungen und Beleidigungen, sowie Verurteilung eines Ehegatten wegen eines Verbrechens (Art. 150 bis 151 C. c.); schließlich stellt Art. 152 für die Frau einen besonderen Trennungsgrund auf: sie kann auf Trennung klagen, wenn der Ehemann ohne genügenden Grund keinen festen Aufenthalt nimmt oder sich trotz vorhandener Mittel weigert, einen seinen Verhältnissen entsprechenden Aufenthalt zu nehmen. Die Trennungsgründe des italienischen Gesetzbuchs decken sich also auch nicht vollständig mit denen des kanonischen Rechts.[51]

Bemerkenswert ist, was die Wirkungen der Trennung anbelangt, daß mit dem Fortfall der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft nach italienischem Recht zwar grundsätzlich auch die Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung aufgehoben wird, daß aber selbst der an der Trennung schuldige Ehegatte im Bedürftigkeitsfalle einen Anspruch auf Unterhalt hat.[52]

Die Ehegatten können die Wirkungen des Trennungsurteils entweder durch eine ausdrückliche Erklärung oder durch die

---

[48] vgl. Bergmann im Rechtsvergl. Handwörterbuch S. 717.

[49] vgl. oben Seite 41.

[50] s. Leske-Löwenfeld a. a. O. Seite 365/6.

[51] vgl. Bombiero a. a. O. Seite 455, 457.

[52] s. Bombiero Seite 452; diese Regelung entspricht also der des französischen Gesetzes.

Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft beseitigen. Eine Mitwirkung des Gerichts ist nicht erforderlich, insbesondere ist eine Anzeige an das Gericht nicht vorgeschrieben.

Auch in Italien haben sich im Laufe der Jahre immer wieder Strömungen bemerkbar gemacht, welche auf eine Einführung der Ehescheidung abzielten. Hauptsächlich im italienischen Schrifttum wurde um die Jahrhundertwende ein lebhafter Kampf um die Neuregelung des Ehescheidungsrechtes geführt.[53] Die Reformbestrebungen hatten jedoch keinen Erfolg, zumal die breiten Massen des italienischen Volkes und insbesondere die Frauen für eine Neuerung offenbar kein Bedürfnis empfanden.

Auf Grund des Art. 34 des Lateranischen Konkordates vom 11. Februar 1929 wurde das italienische Eherecht den Grundsätzen der katholischen Kirche noch weiter angepaßt.[54] Vor allem in Bezug auf die Form der Eheschließung hat Italien der katholischen Kirche wichtige Zugeständnisse gemacht: durch ein Gesetz vom 27. Mai 1929 wurde die bis dahin geltende obligatorische Zivilehe abgeschafft und durch die sog. Wahlzivilehe ersetzt: der italienische Staat stellt also seinen Untertanen frei, ob sie sich bürgerlich oder kirchlich trauen lassen wollen, und legt auch der kirchlichen Eheschließung bürgerlich-rechtliche Wirkungen bei, sobald sie in das staatliche Zivilstandsregister eingetragen ist.[55] Die kirchliche Trauung untersteht auch nach der Eintragung in das Zivilstandsregister ausschließlich den Vorschriften des kanonischen Rechts.[56] Dieser Grundsatz wird jedoch dadurch durchbrochen, daß die katholische Kirche in Art. 34 letztem Abs. des Konkordates die von den staatlichen Gerichten gemäß den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgesprochene Trennung von Tisch und Bett anerkennt.[57] Damit ist zum Ausdruck gekommen, daß die Trennung der Ehegatten nach italienischem Recht mit dem kanonischen Institut der Separatio tori, mensae et habitationis übereinstimmt, und daß die Verschiedenheiten der Rechte nicht das Wesen der Sache, vor allem nicht dogmatische Anschauungen der Kirche betreffen.

---

[53] vgl. Leske-Löwenfeld a. a. O. Seite 365.

[54] s. Bergmann, Intern. Ehe- u. Kindsch.-Recht, Nachtr. 1930, S. 110.

[55] vgl. Stampa, in der Zeitschrift f. Standesamtswesen, 1929 S. 259.

[56] vgl. Dresel, die Lateranvertr. zw. dem Hl. Stuhl u. Königreich Italien Seite 106.

[57] vgl. Bombiero Seite 445 und Dresel a. a. O. Seite 106.

6. Kapitel:

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B. im Vergleich zu den ausländischen Rechten.

Die rechtsvergleichende Untersuchung der oben dargestellten ausländischen Eherechte ergibt also, daß hinsichtlich des Rechtsinstitutes der „Trennung von Tisch und Bett" zwei Gruppen staatlicher Rechte scharf zu unterscheiden sind: einerseits das österreichische und italienische Eherecht, die sich beide sehr stark an das kanonische Recht anlehnen, und andererseits die Eherechte der übrigen erwähnten europäischen Staaten, die teils aus Rücksicht auf die Anschauungen der katholischen Bevölkerung, teils aus andern gesetzgebungspolitischen Gesichtspunkten neben der Ehescheidung ein Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft besitzen, das zwar als Ersatz für die Trennung von Tisch und Bett dienen soll, aber mit der kanonischen Separatio nicht wesensgleich ist.

Bereits oben wurde angedeutet, daß sich die österreichische Scheidung von Tisch und Bett nicht vollständig mit der italienischen Trennung deckt, und daß auch diese beiden staatlichen Rechte ihrerseits in mancher Richtung vom kirchlichen Recht abweichen. Schon die Trennungsgründe sind in den drei Rechten nicht einheitlich geregelt. Während im italienischen Gesetzbuch eine ausschließliche Aufzählung der Trennungsgründe enthalten ist, sind diese im österreichischen und kanonischen Recht nur beispielsweise aufgezählt. In den beiden letztgenannten Rechten ist daher der Kreis der Trennungsgründe ein weiterer: denn die Gerichte sind an die im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Tatbestände nicht gebunden, sie können vielmehr aus andern, ähnlichen Gründen ebenfalls eine Trennung bewilligen. Außerdem sind die Trennungsgründe des kanonischen Rechts, die auf dem Glaubensabfall eines Ehegatten beruhen, z. B. der Uebertritt zu einer akatholischen Sekte oder die nichtkatholische Kindererziehung, an sich dem österreichischen und italienischen Recht grundsätzlich unbeachtlich: nur wenn damit empfindliche Kränkungen oder Beleidigungen des andern Ehegatten im Einzelfall verbunden wären, könnten derartige Tatbestände als Trennungsgründe nach diesen Rechten in Betracht kommen. Ein weiterer Unterschied liegt in der abweichenden Behandlung des Ehebruchs des Mannes im italienischen Recht. Während nach österreichischem und kanonischem Recht Ehebruch des Mannes und der Frau als vollständig gleichwertig angesehen werden und in beiden Fällen Trennung von Tisch und Bett verlangt werden kann, hat die Frau im italienischen Recht bei Ehebruch des Mannes

nur bei Vorliegen besonders erschwerender Umstände[58] einen Anspruch auf gerichtliche Trennung. Diese gesetzliche Regelung geht auf die alte Fassung des Code Napoléon zurück, welcher dem italienischen Gesetzgeber zum Vorbild gedient hat. In diesem Rechtskreis wird der Ehebruch der Frau deshalb als schwerwiegender angesehen, weil durch ihn fremdes Blut in die Familie strömt und die Familie des Mannes verfälscht werden kann.

Andererseits kennt das kanonische Recht im Gegensatz zum österreichischen und italienischen Eherecht die sogenannte Deliktskompensation. Wenn also ein Ehegatte einen Ehebruch begangen hat, kann er nicht wegen eines Ehebruchs des andern Gatten auf Trennung von Tisch und Bett klagen. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß sich ein Ehegatte wegen eines Vergehens des andern Teils nicht verletzt fühlen darf, wenn ihm selbst das gleiche Vergehen zur Last fällt. Die Deliktskompensation greift nicht nur beim Ehebruch, sondern auch bei den übrigen Trennungsgründen des kanonischen Rechtes Platz[59]. Nach dem österreichischen und italienischen Recht entfällt bei beiderseitigen Verfehlungen der Trennungsanspruch nicht, die Ehegatten werden vielmehr wegen beiderseitigen Verschuldens getrennt. Ferner ist auch darauf hinzuweisen, daß nach den Zivilrechten Oesterreichs und Italiens eine einverständliche Scheidung der Ehegatten möglich ist. Dieser Unterschied gegenüber dem kanonischen Recht erscheint auf den ersten Blick ziemlich wesentlich. Denn während die Ehegatten nach kanonischem Recht die Trennung nur aus einem triftigen Grund verlangen können, haben es die Ehegatten nach den genannten Zivilrechten in der Hand, jederzeit auf Grund einer Vereinbarung auseinanderzugehen, ohne daß das Gericht die Beweggründe untersuchen kann[60]. Dieser Zwiespalt wird jedoch dadurch gemildert, daß nach den Erfahrungen der Praxis in den meisten Fällen der einverständlichen Scheidung bereits eine starke Ehezerrüttung vorliegt und auch Tatbestände zu Grunde liegen, welche einen wichtigen Grund zur Trennung im Sinne des kanonischen Rechtes darstellen.[16] Schließlich ist es nach kanonischem Recht bei Ehebruch immer, bei den andern Trennungsgründen unter bestimmten weiteren Voraussetzungen zulässig, die eheliche Gemeinschaft eigenmächtig aufzuheben; nach österreichischem und italienischem Recht dagegen ist eine ohne Bewilligung des Gerichts vorgenommene Trennung ohne rechtliche Wirkung.

---

[58] vgl. oben Seite 49.

[59] paria delicta mutua compensatione tollantur.

[60] vgl. oben Seite 41/49.

[61] vgl. Bombiero, Seite 453.

Trotz dieser einzelnen mannigfachen Unterschiede ist jedoch festzustellen, daß die österreichische Scheidung von Tisch und Bett und die Trennung des italienischen Rechts mit der kanonischen Separatio wesensverwandt sind. Die aufgezeigten Verschiedenheiten der Rechte betreffen lediglich die Voraussetzungen und den Rahmen des Trennungsanspruchs, und die nähere Vergleichung hat ergeben, daß wechselseitig das eine Mal das kanonische Recht, das andere Mal das österreichische bezw. italienische Zivilrecht diesen Rahmen weiter oder enger gesteckt hat. Jedenfalls besteht in der grundsätzlichen Auffassung volle Uebereinstimmung: in sämtlichen drei Rechten wird die Pflicht der Ehegatten zur Leibes- und Lebensgemeinschaft aufgehoben, den Gatten steht es jedoch frei, die Trennung und damit die Trennungswirkungen wieder zu beseitigen; das Eheband wird — dies ist das wesentlichste — durch die Trennung nicht gelockert, da eine Umwandlung in Scheidung ausgeschlossen ist, sodaß eine neue Ehe erst nach dem Tode eines der Ehegatten eingegangen werden kann. Die katholische Kirche konnte daher in Oesterreich und Italien ohne dogmatische Bedenken das Trennungsverfahren den staatlichen Gerichten überlassen; denn bei den meisten von den staatlichen Gerichten durchgeführten Trennungen würden auch die kirchlichen Ehegerichte auf Separatio erkennen.[62]

Auf der andern Seite stehen die Rechtsinstitute Deutschlands, Frankreichs, Belgiens, Luxemburgs, der Schweiz, sowie der nordischen Staaten. Diese Länder kennen für sämtliche Ehen ohne Rücksicht auf die Konfession der Ehegatten die Scheidung dem Bande nach und lassen daneben die bloße Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu. Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft stehen gleichgeordnet nebeneinander und der Kläger hat die Wahl, ob er eine vollkommene Auflösung der Ehe oder lediglich die körperliche Trennung der Ehegatten herbeiführen will. In allen genannten Rechten ist die Trennungsklage aus denselben Gründen wie die Scheidungsklage zulässig; in Belgien und Luxemburg kommt jedoch der Scheidungsgrund der gegenseitigen, ernsthaften Einwilligung für die Trennungsklage nicht in Betracht, und das schwedische Recht hat neben einer Reihe von Scheidungsgründen, die ebenfalls wahlweise zur Trennung berechtigen, noch besondere Tatbestände aufgestellt, bei deren Vorliegen zunächst nur die Trennung — sei es im Wege des Einverständnisses beider Ehegatten oder im streitigen Verfahren — verlangt werden kann. Eine ziemlich große Uebereinstimmung besteht in den angeführten Staaten hinsichtlich der

[62] vgl. Bombiero a. a. O. Seite 465.

Scheidungs- und damit der Trennungsgründe. Die Aufzählung der Scheidungsgründe erfolgte in den einzelnen Gesetzen zumeist erschöpfend, und es sind überwiegend Verschuldenstatbestände wie im deutschen Recht. In allen genannten Ländern gehören die Tatbestände des Ehebruchs, der Lebensnachstellung, schwere Mißhandlungen und Beleidigungen, sowie unehrenhafter Lebenswandel zu den Trennungsgründen; in Deutschland, der Schweiz und in Schweden kommen als weitere Gründe übereinstimmend böswilliges Verlassen und Geisteskrankheit eines Ehegatten hinzu. Eine unterschiedliche Behandlung des Ehebruchs findet sich in Belgien und Luxemburg, wo — wie in Italien — noch die alte Fassung des Code Napoléon in Kraft ist. Bei den übrigen Scheidungsgründen lassen sich jedoch kaum wesentliche Abweichungen feststellen.

In allen Rechten liegt die Hauptwirkung der Trennung der Ehegatten — wie schon der Name besagt — in der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die weiteren damit verbundenen Wirkungen sind in den einzelnen Staaten mehr oder weniger denen der Scheidung angepaßt. Am weitesten ist dabei, wie wir gesehen haben, das deutsche Recht gegangen, welches mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich sämtliche Scheidungswirkungen eintreten läßt. Die übrigen genannten Rechte dagegen kennen als Folge der Trennung meist nur solche Wirkungen, die mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft notwendig oder wenigstens zweckmäßigerweise verbunden sind — wie Gütertrennung, eigener Wohnsitz der Frau, Unterhaltspflicht im Bedürftigkeitsfall — und betonen daher das Weiterbestehen des Ehebandes weit mehr als das deutsche Recht. So gelten sowohl im Rechtskreis des Code Civil, also in Frankreich, Belgien, Luxemburg, als auch im schweizerischen und schwedischen Recht die nach der Trennung erzeugten Kinder im Gegensatz zum deutschen Recht als ehelich; ferner bleibt nach schweizerischem Recht trotz erfolgter Trennung sogar das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht der Ehegatten bestehen. Es kommt damit viel klarer als im deutschen Recht zum Ausdruck, daß durch die körperliche Trennung zwar gewisse eheliche Funktionen außer Kraft gesetzt, im übrigen aber die Ehegatten nach wie vor einander verbunden sind.

Aus diesem Grunde ist auch allen Rechten das Verbot der Wiederverheiratung gemeinsam, sowie die Möglichkeit, durch formlose Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft die Aufhebungswirkungen zu beseitigen. Insoweit besteht Uebereinstimmung mit der kirchlichen Separatio. Aber auf der andern Seite liegt der grundlegende Unterschied gegenüber dem kanonischen Institut darin, daß sämtliche Zivilrechte die Umwandlung

des Trennungsurteils in völlige Scheidung ermöglichen.[63] Verschiedenheiten bestehen nur hinsichtlich der Erschwerung dieser Umwandlungsmöglichkeit. So ist in den meisten Staaten Voraussetzung des Umwandlungsantrags, daß die Ehegatten eine bestimmte Zeitlang getrennt gelebt haben, ohne sich ausgesöhnt zu haben. Diese Frist beträgt in Frankreich, Belgien und Luxemburg, sowie in der Schweiz bei der Trennung auf unbestimmte Zeit, drei Jahre, in Schweden ein Jahr. Während in Frankreich, der Schweiz und in Schweden nach Ablauf der Frist jeder Ehegatte berechtigt ist, die Umwandlung zu beantragen, steht in Belgien und Luxemburg, wie wir eben gesehen haben, dieses Recht nur dem beklagten Teil zu.[64] Das deutsche Recht dagegen hat die Umwandlung in die völlige Lösung des Ehebandes vollständig der Willkür der Ehegatten überlassen und nicht im geringsten eingeschränkt: sowohl der schuldige als auch der unschuldige Ehegatte kann die Scheidung der Ehe durchsetzen und außerdem ist der Umwandlungsantrag hier an eine Frist nicht gebunden.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung läßt sich also dahin zusammenfassen, daß nur Oesterreich und Italien ein der kanonischen Separatio entsprechendes Rechtsinstitut besitzen, während die Trennung der Ehegatten in den übrigen erwähnten europäischen Staaten infolge der überall zugelassenen Umwandlung in Scheidung eine weitgehende Lockerung des Ehebandes bewirkt; verglichen mit den ausländischen Rechten ist im deutschen Recht die Bindung der Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft am schwächsten, und man kann wohl sagen, daß das Eheband hier nur noch einem ganz dünnen Faden gleichkommt.

7. Kapitel:

Die Folgerungen für das internationale Privatrecht.

Den im letzten Kapitel hervorgehobenen Unterschieden der einzelnen Rechtsinstitute kommt vor allem auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts große praktische Bedeutung zu. Können österreichische Ehegatten vor deutschen Gerichten auf die nach ihrem Heimatrecht zulässige Scheidung von Tisch und Bett, können Franzosen oder Belgier in Deutschland auf Séparation de corps klagen?

Bis zum Jahr 1954 war für die Beurteilung dieser international-privatrechtlichen Fragen in erster Linie das Haager Ehe-

---

[63] vgl. Bombiero, Seite 476.

[64] über die weitere Einschränkung des Umwandlungsrechts in diesen beiden Staaten im Fall des Ehebruchs siehe oben Seite 34.

scheidungsabkommen maßgebend, welches im Jahr 1902 von einer Reihe europäischer Staaten, darunter auch Deutschland, zwecks Vereinheitlichung der auf dem Gebiet des Scheidungsrechts bestehenden Kollisionsnormen unterzeichnet worden ist.[65] Dieses Abkommen wurde jedoch von Deutschland zum 1. Juni 1954 gekündigt, sodaß von diesem Zeitpunkt an die deutschen Gerichte nicht mehr an seine Bestimmungen gebunden sind.[66] Heute ist daher die Frage, ob Ausländer in Deutschland Klage auf „Trennung von Tisch und Bett" erheben können und welches Recht gegebenenfalls anzuwenden ist, ausschließlich nach Art. 17 des Einführungsgesetzes zum B.G.B. zu entscheiden.[67]

> Art. 17 lautet: Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört.
>
> Eine Tatsache, die sich ereignet hat, während der Mann einem anderen Staate angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Tatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund ist.
>
> Ist zur Zeit der Erhebung der Klage die Reichsangehörigkeit des Mannes erloschen, die Frau aber Deutsche, so finden die deutschen Gesetze Anwendung.
>
> Auf Scheidung sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze, als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde.

Im Anschluß an die Streitfrage über das Wesen der deutschrechtlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat sich um die Auslegung dieses Art. 17 ein lebhafter Meinungsstreit entsponnen. Im wesentlichen teilen sich die Ansichten in zwei Lager: diejenigen, welche die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als ein dem deutschen Recht eigentümliches Institut betrachten und sie mehr oder weniger der Scheidung gleichstellen, lehnen die Zulässigkeit einer von Ausländern erhobenen Klage auf Scheidung von Tisch und Bett im Sinne des österreichischen Rechts, sowie auch einer Klage auf Séparation de corps im Sinne des französischen Rechtes ab.[68] Die anderen, welche zwischen der

---

[65] vgl. Heinze, Ehescheidung französ. und belg. Staatsangehöriger in Deutschland, Seite 8.

[66] s. Bergmann, Der Ausländer im deutschen Recht, Seite 88, Fußnote 95.

[67] vgl. Bergmann, a. a. O. Seite 80.

[68] vgl. RGZ. 55/345 ff.; ferner Planck, Anm. 7 zu Art. 17 E.G.; Martin Wolff, a. a. O. Seite 151; Zitelmann, Internat. Privatrecht Seite 778; Gaupp-Stein-Jonas, Komm. z. ZPO. Anm. III d vor § 606.

Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und den ausländischen Rechtsinstituten eine Wesensverschiedenheit nicht erblicken, wollen solche Klagen zulassen.[69]

Nach unserer oben dargelegten und eingehend begründeten Auffassung ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. nicht der Scheidung gleichzusetzen, sondern als eine Abart der kanonischen Separatio perpetua anzusehen; und die Rechtsvergleichung hat gezeigt, daß die deutsch-rechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in ihrem Wesen mit der Séparation de corps, sowie der Trennung des schweizerischen und schwedischen Rechts übereinstimmt, sich dagegen streng von der österreichischen bezw. italienischen Trennung von Tisch und Bett unterscheidet. Diese Erkenntnisse sind auch bei der Auslegung des Art. 17 E.G. anzuwenden und daher die zwei sich gegenüberstehenden Gruppen von Trennungsinstituten auseinanderzuhalten. Es wird sich im folgenden erweisen, daß auch im Wortlaut des Art. 17 E.G. diese Unterscheidung deutlich zum Ausdruck gekommen ist.

I. Untersuchen wir also zuerst die Frage, ob Oesterreicher oder Italiener gemäß Art. 17 E.G. vor deutschen Gerichten auf Trennung von Tisch und Bett klagen können.

Für österreichische Ehegatten, die ihren Wohnsitz im Deutschen Reich haben, scheitert die Klage nach richtiger Ansicht bereits an der Unzuständigkeit der deutschen Gerichte.[70] Nach § 606 Abs. 4 Z.P.O. kann nämlich, wenn beide Ehegatten Ausländer sind, die Scheidungsklage im Inland nur angestrengt werden, wenn das deutsche Gericht auch nach den Gesetzen des Staates zuständig ist, dem der Ehemann angehört. Da Oesterreich die Ehescheidung seiner Staatsangehörigen als sein ausschließliches Recht in Anspruch nimmt und die Anerkennung der in Sachen österreichischer Eheleute ergangenen deutschen Scheidungsurteile grundsätzlich ablehnt, ist damit die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach österreichischem Recht verneint.[71] Die entgegengesetzte Auffassung von Ringwald[72], welche ausführt, die deutschen Gerichte müßten den Ausländern auch dann Rechtsschutz zuerkennen, wenn die Nichtanerkennung des Urteils im Ausland als sicher feststehe, ist schon deshalb abzulehnen, weil dadurch der Zweck des § 606 Abs. 4 Z.P.O., nämlich

[69] vgl. Lewald, Das deutsche internat. Privatrecht, Seite 121 ff.; Bergmann, a. a. O. Seite 79 ff.; Kohler, Familienrecht S. 176; Lehmann, Familienrecht S. 179; Ringwald a. a. O. S. 74.

[70] vgl. OLG. 33/88; Raape in Staudingers Komm. B. IV, 3 zu Art. 17.

[71] so Stein-Jonas, Anm. II 2a zu § 606 Z.P.O.; Baumbach a. a. O. Anm. 10 zu § 606; R.G. 85/353.

[72] a. a. O. Seite 82 ff.

den Unzuträglichkeiten vorzubeugen, die sich aus der Nichtanerkennung deutscher Scheidungsurteile im Heimatstaat der ausländischen Ehegatten ergeben, vereitelt würde.

Italien dagegen nimmt keine ausschließliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen seiner Staatsangehörigen in Anspruch.[73] Italienische Ehegatten können also nach § 606 Z.P.O. an sich vor deutschen Gerichten klagen; ob die Klage jedoch materiell begründet ist, bestimmt sich nach dem erwähnten Art. 17 E.G. Nach Absatz 1 sind für die Scheidung der Ehe die Gesetze des Heimatstaates des Ehemannes maßgebend. Die Trennung von Tisch und Bett ist nicht erwähnt. Es wurde deshalb schon die Ansicht vertreten, der Ausdruck „Scheidung" in Abs. 1 Art. 17 E.G. umfasse auch die Trennung von Tisch und Bett, sowie die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[74]; er sei, wie die Oberlandesgerichte Dresden und Jena ausführen, nicht in dem engen Sinn des deutschen Rechts, sondern im Sinne der Gesetzgebung der Kulturstaaten zu verstehen[75]. Diese Ansicht ist jedoch aus mehreren Gründen nicht stichhaltig. Einmal widerspricht ihr die Entstehungsgeschichte des Art. 17.[76] Der Entwurf II erwähnte nämlich neben der Scheidung ausdrücklich die Trennung von Tisch und Bett, für die ebenfalls das Heimatrecht des Ehemannes gelten sollte. Der Bundesrat beseitigte aber die Worte „Trennung von Tisch und Bett", und der Reichstag hat die Vorlage in der vom Bundesrat geänderten Fassung angenommen; lediglich in Abs. 4 wurde auf Grund des von der Reichstagskommission beschlossenen § 1573 B.G.B. die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hinzugefügt. Die vom Bundesrat vorgenommene Aenderung läßt sich bei vorurteilsfreier Betrachtung nicht anders auffassen, als daß der Bundesrat den Ausdruck „Scheidung" im Sinne des B.G.B. verstanden hat.[77] Vor allem aber spricht m. E. gegen die Auffassung Lehmanns die Tatsache, daß in Abs. 2 und 4 des Art. 17 der Ausdruck „Scheidung" unzweifelhaft nur die Scheidung dem Bande nach umfaßt; denn andernfalls wäre die besondere Erwähnung der Trennung in Abs. 2 und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Abs. 4 neben der Scheidung überflüssig. Es kann nun nicht angenommen werden, daß derselbe technische Ausdruck in dem gleichen Artikel in völlig verschiedenem Sinn angewandt wird.[78]

---

[73] vgl. Baumbach Anm. 10 zu § 606.

[74] so Lehmann, Seite 179.

[75] vgl. OLG. 2/413; auch RG. 48/145 ff.

[76] s. vor allem RG. 55/345 ff., wo die Entstehungsgeschichte eingehend behandelt ist.

[77] vgl. RG. 55/345; und Habicht, Internat. Privatrecht S. 138.

[78] vgl. Planck, Anm. 7 zu Art. 17.

Lewald will, um die Zulässigkeit einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett zu begründen, einen andern Weg beschreiten.[79] Er meint, von dem Fall, daß nach dem Heimatrecht des ausländischen Ehemannes die Möglichkeit einer Separatio bestehe, schweige das Gesetz. Es liege daher eine Gesetzeslücke vor, die im Wege der Analogie ergänzt werden müsse. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Trennung von Tisch und Bett — wie die Entstehungsgeschichte des Art. 17 deutlich zeigt, — vom Gesetzgeber bewußt gestrichen worden ist, um auch für ausländische Ehegatten nur die Scheidung, dagegen nicht die Trennung von Tisch und Bett zu ermöglichen.[80] Eine Gesetzeslücke ist daher nicht vorhanden und für eine Analogie kein Raum.

Eine andere vollkommen abwegige Auffassung wird von Ringwald vertreten.[81] Ringwald geht von der von uns bereits früher widerlegten Identität der österreichischen bezw. italienischen Trennung von Tisch und Bett und der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aus. Die Klage ausländischer Ehegatten auf Trennung von Tisch und Bett sei daher als Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach B.G.B. auszulegen. Art. 17 Abs. 4 E.G. stehe dieser Klage nicht entgegen, denn dieser wolle lediglich besagen, „daß es dem Ausländer freistehe, falls sein Heimatrecht die Scheidung vom Bande zulasse, gemäß der inländischen Gesetzgebung statt Scheidung die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu erwirken". Damit gelangen wir zur Auslegung des Abs. 4 des Art. 17 E.G.

Da nach dem klaren Wortlaut des Abs. 4 sowohl die Scheidung als auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft stets auf Grund des ausländischen Gesetzes auszusprechen ist[82], kann nur dann auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt werden, wenn das anzuwendende ausländische Recht eine solche kennt. Läßt das ausländische Gesetz also nur die Scheidung dem Bande nach zu, nicht aber die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, so können die deutschen Gerichte die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht anordnen[83]. Diese Tatsache rechtfertigt sich dadurch, daß nach der Regelung des Art. 17 Abs. 1 E.G. in erster Linie das Heimatrecht des ausländischen Ehe-

[79] Lewald a. a. O. Seite 123.

[80] vgl. Habicht, Seite 138.

[81] a. a. O. Seite 74; Ringwald behandelt nur die Frage bezgl. des österreichischen Rechts; dasselbe muß aber auch für italienische Ehegatten gelten.

[82] so deutlich Planck Anm. 2 zu Art. 17 und Raape Anm. B IV 2a zu Art. 17.

[83] so richtig Raape a. a. O. Anm. B IV 2a und Erler, Ehescheidungsrecht S. 93; a. A. Kipp-Wolff S. 151 und Habicht S. 138; auch Ringwald wendet unrichtigerweise das inländische Recht an.

mannes maßgebend ist und das deutsche Recht gemäß Abs. 4 nur vom Gesichtspunkt des ordre public aus berücksichtigt wird[84]. Muß also auch bei einem Urteil, welches die eheliche Gemeinschaft aufhebt, das ausländische Recht zur Anwendung kommen, so ergibt sich daraus, daß unter dem Ausdruck „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" in Abs. 4 nicht die deutschrechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des § 1575 B.G.B., sondern das in dem jeweiligen ausländischen Gesetz zugelassene Trennungsinstitut zu verstehen ist. Allerdings kommen nur solche ausländischen Trennungsmöglichkeiten in Frage, welche der Aufhebung des B.G.B. in ihrem Wesen entsprechen[85]. Denn aus der Regelung des Art. 17 E.G. geht deutlich hervor, daß ein deutsches Gericht in Bezug auf Ausländer keinen Urteilsspruch fällen soll, der in seiner Art nicht auch für Inländer nach den deutschen Gesetzen zulässig wäre[86]. Danach steht fest, daß die Scheidung von Tisch und Bett im Sinne des österreichischen Rechts, wie auch die Trennung des italienischen Rechts nicht unter den Begriff „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" in Abs. 4 fällt. Daß zwischen diesen erwähnten Einrichtungen und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. ein Wesensunterschied besteht, ist oben eingehend dargelegt worden. Selbst wenn man unter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Trennung von Tisch und Bett im Sinne des italienischen Gesetzes mitverstehen wollte, könnten italienische Ehegatten in Deutschland doch nicht die Trennung verlangen. Denn Voraussetzung für den Erlaß eines Trennungsurteils ist weiter, daß sowohl nach dem deutschen, als nach dem gemäß Art. 17 Abs. 1 in Frage kommenden ausländischen Gesetz die Scheidung vom Bande zulässig ist[87]. Diese Bestimmung bestätigt im vollen Umfang die von uns vertretene Auffassung, daß die „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" in Abs. 4 nur solche Institute begreift, welche — entsprechend der Aufhebung des B.G.B. — nach der betr. ausländischen Rechtsordnung gleichberechtigt neben der Scheidung stehen. Es kommt hier deutlich zum Ausdruck, daß auch der Gesetzgeber zwischen der Trennung von Tisch und Bett, die eine Umwandlung in Scheidung nicht gestattet, und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und den ihr verwandten Instituten des ausländischen Rechts scharf unterscheidet: es soll

---

[84] vgl. hiezu Raape, Anm. E. VI; nach dieser Ansicht enthält Abs. 4 einen besonderen Anwendungsfall des in Art. 30 E.G. allgemein niedergelegten Grundsatzes.

[85] so auch Raape, Anm. B IV 2 b zu Art. 17.

[86] ähnl. Zitelmann S. 778: „Im Zweifel wird sogar als Wille der inl. Rechtsordnung zu vermuten sein, daß der inl. Richter nur auf solche Art Scheidung erkennen darf, wie sie auch bei Inländern rechtens ist."

[87] vgl. Planck, Anm. 7 zu Art. 17; OLG. 33/88.

verhindert werden, daß deutsche Gerichte auf eine Aufhebung ehel. Gemeinschaft erkennen, welche nicht die Umwandlungsmöglichkeit in Scheidung in sich schließt.[88]

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß auch italienische Ehegatten in Deutschland weder auf Scheidung noch auf die nach ihrem Heimatrecht zulässige Trennung von Tisch und Bett, noch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des B.G.B. klagen können.[89]

II. Dagegen ist eine Klage französischer Ehegatten auf Séparation de corps nach den Bestimmungen des Code civil für zulässig zu erachten. Die deutschen Gerichte sind für Ehescheidungsklagen französischer Staatsangehöriger, welche in Deutschland wohnen, zuständig. Denn Frankreich kennt keinen ausschließlichen Gerichtsstand in Ehesachen seiner Staatsangehörigen[90] und anerkennt grundsätzlich deutsche Scheidungsurteile[91]. Ferner wurde bei der Rechtsvergleichung festgestellt, daß die Séparation de corps des französischen Rechts mit der deutschen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wesensverwandt ist. Das französische Recht unterscheidet sich von der in §§ 1575 76 BGB. getroffenen Regelung hauptsächlich dadurch, daß der Beklagte nicht sofort im Trennungsverfahren die Scheidung verlangen kann, und daß beide Ehegatten erst nach einer Frist von 3 Jahren die Umwandlung in Scheidung beantragen können[92]. Diese Unterschiede beziehen sich also nur auf die nähere Ausgestaltung der Umwandlungsmöglichkeit in den beiden Rechten, sodaß zwischen den zwei Instituten lediglich ein „gradueller Unterschied" besteht.[93] Die Séparation de corps fällt daher nach dem oben Ausgeführten unter die „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" des Abs. 4 Art. 17 E.G. Der deutsche Richter hat somit auf Séparation de corps zu erkennen, wenn sowohl nach franzö-

[88] so auch Raape a. a. O. Anm. B IV 2a zu Art. 17.

[89] dieses Ergebnis wird u. a. von Lewald und Bergmann als höchst unerfreulich bezeichnet; insbes. wird die Schutzlosigkeit der Ausländer in Deutschland hervorgehoben (vgl. Kohler S. 177). Es ist jedoch zu entgegnen, daß umgekehrt deutsche Staatsangehörige in Ländern mit kanon. gerichtetem Eherecht in eine ähnliche Lage kommen können.

[90] vgl. Stein-Jonas, II 2 zu § 606; RG.Recht 1912 Nr. 1065.

[91] vgl. Heinze S. 75; JW. 1925/408 ff. Frankreich verlangt nur die Anwendung franz. Rechts; dies ist durch Art. 17 gewährleistet.

[92] Vgl. Lewin Seite 57.

[93] so richtig Lewald, Wörterbuch S. 466; dort ist auch darauf hingewiesen, daß die franz. Sép. de corps in einem Urteil der Cour d'appel de Nancy vom 13. 2. 1909 in der gleichen Weise gekennzeichnet worden ist, wie die Aufh. der ehel. Gem. vom Reichsgericht Bd. 48/145 ff.: tout jugement de sép. de corps est un jugement éventuel de divorce. A. A. Raape a. a. O. B IV 2b γ; Heinsheimer, Zivilgesetze der Gegenwart Bd. I S. 815; ferner Heinze S. 15.

sischem als auch nach deutschem Gesetz die Scheidung in concreto zulässig ist. Da nach Abs. 4 der Urteilsspruch des deutschen Gerichts auf Grund des ausländischen Gesetzes zu erfolgen hat, richten sich auch die Rechtsfolgen nach französischem Recht[94]. Somit untersteht auch die Umwandlungsmöglichkeit in Scheidung dem ausländischen Gesetz[95]. Französische Eheleute können also erst nach 3jähriger Trennung die Scheidung verlangen.[96]

Was hinsichtlich französischer Ehegatten gesagt ist, gilt entsprechend auch für Belgier und Luxemburger, für deren Klagen in Ehescheidungssachen die deutschen Gerichte ebenfalls zuständig sind[97]. Die Wesensgleichheit der Séparation de corps nach belgischem und luxemburgischem Recht mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist m. E. zu bejahen, wenn auch nach diesen Rechten nur der im Trennungsprozeß beklagte Teil nach 3jähriger Frist die Umwandlung des Trennungsurteils in Scheidung verlangen kann[98]. Diese Einschränkung bedeutet lediglich eine — international-privatrechtlich betrachtet — unerhebliche Modifikation des Umwandlungsrechtes. Wesentlich ist von unserm Standpunkt aus allein die Tatsache, daß eine Umwandlungsmöglichkeit überhaupt gegeben ist. Deshalb berührt auch die Natur der Séparation de corps nicht, daß in Belgien die Umwandlung in Scheidung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Es ist eben davon auszugehen, daß sowohl nach belgischem, wie nach luxemburgischem Gesetz grundsätzlich nach 3jähriger Trennung die Scheidung ausgesprochen werden kann. Hinsichtlich der Wesensgleichheit der Institute könnten nur insofern Bedenken auftauchen, als nach luxemburgischem Recht bei Ehebruch der Frau, nach belgischem Recht im Falle des Ehebruchs allgemein ein Umwandlungsantrag auf Scheidung nicht gestellt werden kann, die Separatio demnach als perpetua gedacht ist, wenn eine Aussöhnung der Ehegatten nicht erfolgt. Diese Bestimmung ist jedoch als Ausnahmevorschrift zu werten, und außerdem darf nicht übersehen werden, daß auch in den Fällen des

---

[94] vgl. Habicht a. a. O. Seite 139, 2 d und Raape, J. I zu Art. 17.

[95] vgl. Lewald Seite 124.

[96] A. A. Heinze Seite 17: dieser nimmt Wesensverschiedenheit zwischen Aufhebung der ehel. Gemeinschaft des BGB. und Séparation de corps an und will eine Klage französ. Ehegatten auf Aufhebung der ehel. Gemeinschaft mit sofortiger Umwandlungsbefugnis nach § 1576 B.G.B. zulassen. Er verstößt damit gegen den Wortlaut von Art. 17 Abs. 4 und muß selbst zugeben, daß ein solches Urteil in Frankreich wohl nicht anerkannt würde.

[97] vgl. Heinze S. 76, und Meili-Mamelok § 41 S. 216.

[98] A. A. auch hier Raape, B IV 2 b β; Heinze S. 15.

Ehebruchs die Séparation de corps unter Umständen in Scheidung übergehen kann: auf Grund neuer Tatsachen, die sich nach Erlaß des Trennungsurteils ereignen, kann jederzeit auf Scheidung geklagt und damit die Trennung in Scheidung „umgewandelt" werden. Deshalb ist auch der von belgischen und luxemburgischen Ehegatten gemäß ihrem Heimatrecht erhobenen Klage auf Séparation de corps nach Art. 17 E.G. stattzugeben.

Ebenso ist bei der Trennung des schwedischen und schweizerischen Rechts zu entscheiden.[99]

Bei der Darstellung des schwedischen Rechtes haben wir gesehen, daß dort bestimmte im Gesetz aufgeführte Tatbestände zunächst nur zur Trennungs-, nicht aber zur Scheidungsklage berechtigen, und erst nach einjähriger Trennung durch Umwandlungsklage zur Scheidung führen können. Diese Trennungsgründe scheiden selbstverständlich für eine Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 17 Abs. 4 E.G. aus, da einer solchen Klage nur stattgegeben werden kann, wenn auch nach schwedischem Recht ein Scheidungsgrund vorliegt. Andererseits unterscheidet sich die nach dem schwedischen Ehegesetz an Stelle der Scheidung ausgesprochene Trennung der Ehegatten nur dadurch von der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, daß die Umwandlung in die völlige Lösung des Ehebandes erst nach Ablauf eines Jahres erfolgen kann. Diese Tatsache begründet jedoch keine Wesensverschiedenheit der beiden Einrichtungen.[100]

Was das schweizerische Recht anbelangt, so hat das schweizerische Bundesgericht selbst in einer Entscheidung vom 20. November 1931 ausgesprochen, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und die Trennung nach Z.G.B. als gleichwertige Institutionen zu betrachten seien.[101] Die Auffassung, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft sei eine nur dem deutschen Recht bekannte Einrichtung[102], wird vor allem durch die Trennung des schweizerischen Zivil-G.B. widerlegt, welche der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. zweifellos sehr nahe steht.[103] Angesichts des Wortlautes des Art. 39, 7 g Abs. 3

---

[99] Die Zuständigkeit deutscher Gerichte für Scheidungs- und Trennungsklagen schwedischer und schweizerischer Staatsangehöriger ist unbestritten; vgl. für Schweden: Seuff. Archiv Bd. 73/315; RG. Warneyer E. 1917/330; für Schweiz: Nußbaum a. a. O., S. 166; Lewin S. 36; Meili-Mamelok S. 164.

[100] daher unrichtig OLG. Dresden in Seuff. Arch. Bd. 73/314.

[101] vgl. Bergmann, Int. Ehe- und Kindsch.-Recht, Nachtr. 1933, S. 69.

[102] so u. a. Habicht S. 139; u. Wolff, Familienrecht, S. 150.

[103] vgl. Lewin, Seite 55/56; ferner Lewald in Strupps Wörterbuch Bd. I Seite 467 und Ringwald Seite 71.

des schweizerischen Z.G.B., wonach jede Ehescheidung von im Ausland wohnenden, schweizerischen Ehegatten, welche durch ein nach dortigem Recht zuständiges Gericht ausgesprochen ist, in der Schweiz auch dann anerkannt wird, wenn sie nach schweizerischem Recht nicht begründet gewesen wäre [104], ist die Frage entstanden, ob sich diese Vorschrift des schweizerischen Gesetzes als eine Rückverweisung im Sinne des Art. 27 E.G. zum B.G.B. darstellt, mit der Folge, daß in Ehescheidungssachen von Schweizern in Deutschland lediglich deutsches Recht anzuwenden wäre. [105] Dies ist jedoch zu verneinen. Denn die erwähnte Bestimmung will lediglich besagen, daß in der Schweiz auch Ehescheidungsurteile solcher Staaten anerkannt werden, welche die Scheidung von Ausländern grundsätzlich nach der Lex fori durchführen; der schweizerische Gesetzgeber hat jedoch damit nicht zum Ausdruck gebracht, daß er allgemein das ausländische Recht ausschließlich angewendet wissen will. [106] Daher verbleibt es bei der Regel des Artikel 17 E. G., sodaß die von Tisch und Bett getrennten schweizerischen Ehegatten erst nach Ablauf von 3 Jahren die Scheidung beantragen können.

Zum Schluß sei noch der Vollständigkeit halber erwähnt, daß die gleichen Grundsätze, welche vorstehend im Rahmen des deutschen internationalen Privatrechts für die Trennung ausländischer Ehegatten in Deutschland entwickelt worden sind, umgekehrt auch für deutsche Ehegatten vor ausländischen Gerichten zu gelten haben. Daher können deutsche Staatsangehörige in solchen Ländern, welche — wie Deutschland — in Ehescheidungssachen von Ausländern deren Heimatrecht beobachten und die eigenen Gesetze nur unter dem Gesichtspunkt des ordre public berücksichtigen [107], nur dann auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen, wenn nach den betr. ausländischen Gesetzen

---

[104] vgl. Meili-Mamelok, a. a. O. Seite 164.

[105] Diese Auffassung vertritt Lewin, a. a. O. Seite 60/61; Artikel 27 E.G. zum BGB. lautet: sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art. 7 Abs. 1, Art. 13 Abs 1, Art. 15 Abs. 2, *Art. 17 Abs. 1* und Art. 25 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung.

[106] vgl. RG. Bd. 105/342; Raape a. a. O. Anm. K 7 a zu Art. 17 EG.

[107] z. B. Frankreich, Belgien, Luxemburg, Schweden und Italien; vgl. Raape, Anm. P. I und II zu Art. 17; Wolff, Internationales Privatrecht, Seite 129, Fußnote 5; Heinsheimer, Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1 Seite 815.

ein der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft des B.G.B. verwandtes Trennungsinstitut zugelassen ist.[108]

Die Auslegung des Art. 17 E.G. zum B.G.B. ergibt also, daß auch der deutsche Gesetzgeber das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen den in den einzelnen Ländern bestehenden Ehetrennungseinrichtungen darin sieht, ob eine Umwandlung in Scheidung – sei es alsbald oder erst nach einiger Zeit — möglich ist oder nicht, und sich für die ausschließliche Zulässigkeit der ersteren Art von Trennung entschieden hat. Damit ist die oben auf Grund der Rechtsvergleichung gezogene Schlußfolgerung, diejenigen ausländischen Trennungsinstitute, welche die Umwandlung in Scheidung vorsehen, auf eine Stufe mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu stellen, die kanonische Trennung von Tisch und Bett dagegen als wesensverschieden abzusondern, auch vom Standpunkt des deutschen Gesetzgebers aus gerechtfertigt.

---

[108] also z. B. in Frankreich oder Belgien, vgl. eine von Lewald im Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie Seite 467 angeführte Entscheidung des Trib. c. Lyon vom Jahre 1911.

A. A. Heinsheimer a. a. O. Seite 815, da er Wesensverschiedenheit zwischen Séparation de corps und Aufh. der ehel. Gemeinschaft annimmt.

Dagegen ist in Italien eine Klage auf Aufh. der ehel. Gemeinschaft deutscher Ehegatten aussichtslos, da die auf Grund des Heimatrechtes auszusprechende Umwandlungsmöglichkeit in Scheidung dem ordre public Italiens widersprechen würde. Vgl. Kipp-Wolff, Familienrecht Seite 130.

D. III. Hauptteil.

Die Frage der Reform.

Legen wir uns zum Schlusse noch die Frage vor, wie das Institut der Trennung von Tisch und Bett im künftigen Familienrecht gestaltet werden soll. Der Familienrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht ist gegenwärtig damit beschäftigt, ein neues, dem nationalsozialistischen Rechtsempfinden entsprechendes Familienrecht auszuarbeiten; in erster Linie wurde die Neugestaltung des Ehescheidungsrechtes in Angriff genommen, da die Lösung dieser Frage als die vordringlichste Aufgabe erschien. Da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Scheidungsrecht aufs engste verbunden ist, wird sich der Familienrechtsausschuß auch mit der Reform dieses Instituts auseinanderzusetzen haben. Der Vorsitzende des Familienrechtsausschusses, Rechtsanwalt Dr. Mössmer, hat bereits vor einiger Zeit in einer Schrift seine Reformvorschläge für das neue Scheidungsrecht veröffentlicht und ist darin auch kurz auf das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eingegangen.[1] Es soll daher im folgenden eine weitere Anregung auf diesem Gebiet gegeben werden.

Für das neue Recht gibt es hinsichtlich der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft theoretisch drei Möglichkeiten: entweder das Institut so zu übernehmen, wie es schon heute in den §§ 1575 ff. B.G.B. geregelt ist, oder ihm eine andere rechtliche Form zu geben oder es schließlich ganz zu streichen. Eine Beibehaltung in der seitherigen rechtlichen Ausgestaltung scheidet m. E. von vornherein aus. Die im I. Hauptteil gemachten Ausführungen haben bereits gezeigt, daß die Bestimmungen über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine äußerst unglückliche Fassung erhalten haben. Treffend hat Engelmann[2] das Institut folgendermaßen gekennzeichnet: „Einem parteipolitischen Kompromiß sein Dasein verdankend, hinsichtlich der Einzelheiten wenig durchdacht, in redaktioneller Hinsicht von Mängeln nicht frei, führen die einschlägigen Vorschriften vielfach zu Zweifeln und Streitfragen, zu widersinnigen und kaum annehmbaren Ergebnissen." Die Halbheiten, welche dem Institut anhaften, entsprechen dem Vergleich, der zwischen den Anschauungen des modernen Staates und der Lehre der katholischen Kirche geschlossen worden ist. Außerdem haben die Unklarheiten in der

---

[1] Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechtes Seite 60/61.

[2] a. a. O. Anm. 2 a. E. zu § 1575.

gesetzlichen Formulierung ihren Grund darin, daß die Vorschriften über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erst in letzter Stunde bei der Beratung in das B.G.B. aufgenommen worden sind. Die Hauptschwäche der geltenden Bestimmungen liegt in dem vertragsähnlichen Charakter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft: denn sie kann nur zustande kommen, wenn auch der schuldige Ehegatte damit einverstanden ist, und sie kann nur so lange bestehen, als der schuldige Teil nicht geschieden sein will. Mit dieser Regelung wird das Recht des unschuldigen Ehegatten, die gerichtliche Trennung von Tisch und Bett zu verlangen, praktisch in den meisten Fällen gänzlich aufgehoben. Denn der beklagte Ehegatte, der die eheliche Treue gebrochen oder in sonstiger Weise die durch die Ehe begründeten Pflichten verletzt hat, wird sich in der Regel auch nicht scheuen, entgegen dem Dogma seiner Kirche den Antrag auf Scheidung nach § 1575 Abs. 1 Satz 2 zu stellen. Dem andern Ehegatten bleibt dann nichts anderes übrig, als entweder die Klage zurückzunehmen und die Ehe fortzusetzen oder gegen die innere Einstellung die Scheidung herbeizuführen. Es widerstreitet aber dem natürlichen Gefühl, daß der schuldige Ehegatte aus seiner Schuld noch ein Recht auf Scheidung herleiten kann, wenn sich der andere nur trennen lassen will.

Ein weiterer Mißgriff des Gesetzgebers ist die in § 1585 BGB. getroffene Regelung, wonach bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zwar die Ehe dem Bande nach bestehen bleibt und die Wiederverheiratung ausgeschlossen ist, aber im übrigen die Scheidungswirkungen eintreten. Die folgerichtige Anwendung des Gesetzes führt zu ganz paradoxen Ergebnissen, die gerade die oben behandelte Streitfrage hervorgerufen haben. So ist z. B. ein nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft empfangenes Kind nicht ehelich, obwohl es die Ehefrau während der „Ehe" empfangen hat[3]; ferner sind die Ehegatten zwar nach wie vor miteinander „verheiratet", da das Eheband noch besteht, aber sie sind nicht mehr zur ehelichen Treue verpflichtet und deshalb ist nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch kein Ehebruch eines der Gatten mehr möglich.[4] Daß hier ein innerer Widerspruch des Gesetzes vorliegt, ist ohne weiteres klar. Auf jeden Fall hat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in dieser Form, die voll von Halbheiten und Widersprüchen steckt, im neuen Familienrecht keine Daseinsberechtigung mehr.

Man könnte nun erwägen, die Fehler des Gesetzes auszumerzen, und, um den Katholiken auch im künftigen Recht entgegenzukommen, das Institut in veränderter Form, etwa in der

[3] vgl. Olshausen, a. a. O. Seite 155.
[4] vgl. Hedemann, D.J.Z. 1907, Sp. 739.

des französischen Rechtes, zu übernehmen, sodaß frühestens nach einem Zeitraum von 2 bis 3 Jahren die Umwandlung in Scheidung verlangt werden könnte und außerdem mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur einige wenige „Aufhebungswirkungen" verbunden wären. Es ist zuzugeben, daß mit einer solchen Neugestaltung die Trennung von Tisch und Bett eine festere Grundlage und einen tieferen Sinn erhalten würde. Es ist jedoch zu prüfen, ob es zweckmäßig und vor allen Dingen notwendig ist, im Interesse der katholischen Bevölkerung die kanonische Separatio, wenn auch in abgeschwächter Form, im staatlichen Recht fernerhin beizubehalten. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Denn es ist nicht die Aufgabe des staatlichen Rechtes, kirchliche Einrichtungen, die dem Glauben nur eines Teils der Bevölkerung entsprechen, zu übernehmen und dadurch sowohl die Angehörigen dieser Konfession als auch Andersgläubige zu zwingen, gemäß den Vorschriften der katholischen Kirche zu leben. Würde nämlich ein der französischen séparation de corps nachgebildetes Institut ins B.G.B. aufgenommen werden, so wäre die Folge, daß unter Umständen sogar protestantische Ehegatten in den nicht seltenen Fällen der kirchlichen Mischehen sich mit der kanonischen Trennung von Tisch und Bett abfinden müßten und erst nach 2 bis 3 Jahren die Scheidung durchsetzen könnten. Es ist vielmehr ausschließlich Sache der Kirche, in dieser Hinsicht die Gläubigen zur Beobachtung des Dogmas anzuhalten. Der Staat hat dazu umso weniger Veranlassung, als die Kirche die staatliche Ehegesetzgebung grundsätzlich ablehnt und dem Staat das Recht abspricht, die rechtlichen Verhältnisse der Ehegatten mit staatlichen Normen zu regeln.[5] Die katholische Kirche würde nämlich die staatliche Trennung von Tisch und Bett höchstens dann anerkennen, wenn jegliche Umwandlungsmöglichkeit in Scheidung ausgeschlossen wäre. Solange der Staat am Grundsatz der obligatorischen Zivilehe, welche die katholische Kirche ebenso verwirft wie die Ehescheidung, festhält, ist es nur folgerichtig, wenn er auch auf dem Gebiet des Scheidungsrechtes die kirchliche Lehre unberücksichtigt läßt.

Die katholische Bevölkerung selbst hat übrigens in den vergangenen Jahren für die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wenig Interesse gezeigt. Die meisten Katholiken ließen sich von den staatlichen Gerichten scheiden, nur in vereinzelten Ausnahmefällen wurde auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt. Es seien im Folgenden nur einige Zahlen aus dem Land Württemberg herausgegriffen, die deutlich zeigen, daß das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch von den Katholiken abgelehnt werden ist. Im Jahre 1932 wurden in ganz

[5] vgl. Knecht a. a. O. Seite 114.

Württemberg insgesamt 932 Ehen geschieden, während nicht eine gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ausgesprochen wurde. Von diesen 932 Ehescheidungen fielen auf die überwiegend katholischen Landgerichtsbezirke Rottweil und Ravensburg 96. Im Jahr 1933 waren es 1012 Ehescheidungen und 1 Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die vom Landgericht Stuttgart ausgesprochen worden ist. Im Jahr 1934 war das Verhältnis nicht viel anders: 1136 Ehescheidungen standen nur 4 Aufhebungen gegenüber, und 1935 waren es 1133 Scheidungen, während auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in keinem Fall erkannt wurde. Insgesamt wurden in Württemberg also seit dem Jahre 1932 (bis einschl. 1935) 4233 Ehen geschieden und nur in 5 Fällen wurde auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt. Danach beträgt der Prozentsatz der Trennungen gegenüber der Zahl der Scheidungen rund 0,1 %. In den übrigen deutschen Gauen hat das Institut ebensowenig praktische Bedeutung erlangt.[6] Die Gewissensbedenken der Katholiken gegen eine Scheidung der Ehe dem Bande nach scheinen also doch nicht so groß zu sein, wie die Väter der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft angenommen haben. Die Erfahrung hat jedenfalls gezeigt, daß unter den Katholiken ein Bedürfnis für diese Einrichtung nicht besteht. Auch aus diesem Grunde ist eine Streichung der §§ 1575 ff. gerechtfertigt.

Außerdem ist die Aufnahme der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft deshalb nicht notwendig, weil ein Katholik, der in einer gültigen kirchlichen Ehe lebt, sich staatlich scheiden lassen kann, ohne mit der Lehre der Kirche in Widerspruch zu geraten, sofern dies nur in der Absicht geschieht, eine kirchliche Separatio bürgerlich wirksam zu machen. Denn da die Kirche die staatliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen nicht anerkennt[7], bedeutet die staatliche Scheidung für den Katholiken immer nur eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft; das Band der kirchlich geschlossenen Ehe besteht auch nach der Scheidung weiter, da der Staat dasselbe nach kirchlicher Lehre nicht lösen kann, und der geschiedene Ehegatte darf sich bei Lebzeiten des andern Teils nach kanonischem Recht nicht wieder verheiraten. Der einzige wesentliche Unterschied gegenüber der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft besteht also bei der staatlichen Scheidung darin, daß der geschiedene Ehegatte nach staatlichem Recht eine neue Ehe eingehen kann. Auf jeden Fall aber bringt die Scheidung den Katholiken in keinen Gewissenszwang, da der Staat nicht von ihm verlangt, daß er das innere Band der Ehe als gelöst betrachtet, und ihn nichts hindert, von dem Recht zur Wiederver-

[6] vgl. für Preußen die Statistik bei Wolff a. a. O. S. 138, Anm. 9.
[7] vgl. Triebs, S. 49; 78; Knecht S. 81.

heiratung keinen Gebrauch zu machen. Die vielerörterte Frage, ob ein Katholik vom staatlichen Gericht die bürgerliche Scheidung seiner Ehe verlangen darf, ist daher m. E. zu bejahen. Das Gegenstück zu dieser Frage findet sich auf dem Gebiet des Eheschließungsrechtes. Obwohl die Kirche die obligatorische Zivilehe durchaus verwirft, da sie die kirchliche Trauung in den Hintergrund drängt, trägt sie doch der gegebenen Lage Rechnung und gestattet den Katholiken, die bürgerliche Trauung vor dem Standesbeamten zu vollziehen, damit sie sich die bürgerlichen Rechtswirkungen der Ehe sichern können.[8] Solange nun die Kirche die Ziviltrauung erlaubt, muß sie folgerichtig auch die staatliche Scheidung gestatten, damit die bürgerlichen Rechtsfolgen der Ehe wieder beseitigt werden können.[9] Allerdings darf ein Katholik die Scheidung nicht in der Absicht betreiben, später eine neue Ehe einzugehen; dies wäre ein Verstoß gegen die kirchliche Disziplin. Wenn aber die Scheidung nur zu dem Zweck erfolgt, um von dem andern Ehegatten getrennt leben zu können, so widerspricht dieses Vorgehen keineswegs den Interessen und Anschauungen der Kirche. Selbstverständlich darf die Scheidung — wie übrigens auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur in solchen Fällen beantragt werden, in denen auch nach kanonischem Recht die Separatio zulässig ist. Neben der staatlichen Scheidung kann der gläubige Katholik beim kirchlichen Richter um die Trennung von Tisch und Bett nachsuchen, soweit dies nach kanonischem Recht erforderlich ist, und damit auch den kirchlichen Vorschriften genügen. Es ist also für einen Katholiken durchaus möglich, im Rahmen des kanonischen Rechtes unter Zuhilfenahme der staatlichen Scheidung die Wirkungen der Trennung herbeizuführen. Daher ist die Einrichtung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im B.G.B. überflüssig.

Dagegen könnte man daran denken, im neuen Familienrecht ein Institut der Trennung von Tisch und Bett zu schaffen, das als rein weltliche Einrichtung die Aufgabe hätte, die endgültige Scheidung der Ehegatten vorzubereiten, ähnlich wie die oben behandelte Trennung im schwedischen Recht. Im künftigen Scheidungsrecht wird nämlich ohne Zweifel der Zerrüttungsgrundsatz eindeutig zur Geltung kommen. Mössmer hat in seiner erwähnten Schrift auf Grund der seitherigen Beratungen in der Akademie für Deutsches Recht bereits konkrete Gesetzesvorschläge zu den Scheidungsgründen gemacht.[10] Danach soll es für die Ehescheidung in Zukunft nicht mehr allein darauf ankommen, daß ein

[8] vgl. Knecht, Seite 128.
[9] vgl. Triebs, Seite 686.
[10] vgl. Mössmer, a. a. O. Seite 65.

Ehegatte den Tatbestand eines bestimmten Scheidungsgrundes schuldhaft verwirklicht hat, vielmehr muß in jedem Fall das eheliche Verhältnis so tief zerrüttet worden sein, „daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann." Es soll also im Grunde nur noch einen Scheidungsgrund geben: die objektive Zerrüttung der Ehe; ein Verschulden eines der Ehegatten braucht nicht vorzuliegen.[11] Es wird nun für den künftigen Scheidungsrichter – sollten die Vorschläge Mössmers in der vorliegenden oder in ähnlicher Form Gesetz werden – oftmals sehr schwierig sein, festzustellen, ob die Ehe der Parteien in so hohem Grade zerrüttet ist, daß eine Aussöhnung der Ehegatten ausgeschlossen erscheint. Besteht nach der Überzeugung des Richters Aussicht auf Versöhnung, so darf er die Scheidung nicht aussprechen, da die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Andererseits wäre die Klagabweisung in den meisten Fällen für den klagenden Ehegatten eine unbillige Härte, insbesondere dann, wenn die Zerrüttung der Ehe auf ein Verschulden des andern Ehegatten zurückzuführen ist; unter solchen Umständen kann dem schuldlosen Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden. Hier könnte die Trennung von Tisch und Bett vermitteln: man könnte nämlich dem Richter die Befugnis einräumen, von Amts wegen in den Fällen, in denen die Ehe aus bestimmten feststellbaren Gründen tief zerrüttet ist, aber dennoch begründete Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist, statt der beantragten Scheidung die Trennung von Tisch und Bett auszusprechen. Diese Möglichkeit ist z. B. im schweizerischen Zivilgesetzbuch vorgesehen[12]. Haben die Ehegatten längere Zeit (in der Schweiz mindestens 1 Jahr bei der Trennung auf bestimmte Zeit) getrennt gelebt, ohne sich ausgesöhnt zu haben, so steht der endgültigen Scheidung nichts mehr im Wege. Denn es ist dann erwiesen, daß zwischen den Ehegatten eine dauernde Abneigung besteht und nach menschlichem Ermessen auch in Zukunft die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr zu erwarten ist.

Die Aufnahme eines solchen Institutes im materiellen Familienrecht ist aber m. E. deshalb nicht erforderlich, weil in der geltenden Zivilprozeßordnung bereits eine ähnliche Regelung getroffen ist, die denselben Zweck erfüllt, nämlich die Möglichkeit der Aussetzung des Scheidungsverfahrens nach § 620 ZPO. Danach ist die Aussetzung von Amts wegen im Falle der Klage

[11] vgl. Mössmer, Seite 66, § 8 der Gesetzesvorschläge.

[12] vgl. oben Seite 35.

auf Grund des § 1568 BGB. (wegen schuldhafter Ehezerrüttung) anzuordnen, wenn die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint. Diese Bestimmung müßte im Zusammenhang mit der Neugestaltung des Scheidungsrechtes auf sämtliche Scheidungsklagen ausgedehnt werden, da es in Zukunft nur noch relative Scheidungsgründe geben wird, wenn in jedem Fall auf die objektive Zerrüttung der Ehe abgestellt wird. Zu erwägen wäre ferner, ob nicht gleichzeitig mit dem Aussetzungsbeschluß von Amts wegen auch das Getrenntleben der Ehegatten angeordnet und die Unterhaltsfrage für die Dauer der Aussetzung geregelt werden soll; denn damit würde erneuten Streitigkeiten der Ehegatten einigermaßen vorgebeugt. Die Aussetzung müßte in jedem Fall mindestens ½—1 Jahr dauern, um feststellen zu können, ob die Ehe scheidungsreif ist: hat während dieser Zeit eine Aussöhnung der Ehegatten nicht stattgefunden, beharrt vielmehr die eine Partei nach wie vor auf der Auflösung der Ehe, so kann das Gericht in der Regel daraus schließen, daß die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses unheilbar ist.

Die Zivilprozeßordnung gibt weiterhin die Möglichkeit, den Scheidungsprozeß auch auf Antrag des klagenden Ehegatten bis zur Dauer von 2 Jahren auszusetzen. Nach § 620 Abs. 1 S. 1 ZPO. darf erst dann auf Scheidung erkannt werden, wenn die beantragte Aussetzung stattgefunden hat. Wenn also der Kläger die Hoffnung hegt, daß der andere Ehegatte seine Verfehlungen bereuen und sich bessern werde, und daher noch einige Zeit mit der Scheidung zuwarten will, so braucht er nur den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens zu stellen; das Gericht muß dem Antrag stattgeben, sofern nicht eine Klagabweisung in Frage kommt [13]. Gleichzeitig kann nach § 627 ZPO. beantragt werden, daß das Gericht durch einstweilige Verfügung für die Zeit der Aussetzung das Getrenntleben anordnet, die gegenseitige Unterhaltspflicht und das Verhältnis der Ehegatten zu den Kindern regelt. Auf diesem Wege kann also jederzeit eine zeitweilige Trennung von Tisch und Bett herbeigeführt werden, die in ihrem Wesen und ihren Wirkungen der oben behandelten schwedischen Trennung im großen Ganzen entspricht.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im neuen Familienrecht durchaus entbehrlich ist: für die Trennung von Tisch und Bett in der seitherigen Form als Ersatz für die Separatio perpetua des kanonischen Rechts besteht, wie die Erfahrung gezeigt hat, bei den Katholiken kein Bedürfnis, zumal diese

[13] vgl. Baumbach, ZPO. Anm. 2 zu § 620 ZPO.

infolge der Inanspruchnahme der Ehegerichtsbarkeit durch die Kirche mit der staatlichen Scheidung die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erreichen können, ohne gegen das Dogma der Kirche zu verstoßen; und soweit im neuen Scheidungsrecht die Trennung als Ergänzung des Zerrüttungsgrundsatzes, nämlich als Prüfstein der gegenseitigen Abneigung der Ehegatten, erforderlich wird, genügt die in der Zivilprozeßordnung getroffene Regelung der Aussetzung des Scheidungsverfahrens.

Die vorliegende Arbeit wurde Ende 1937 abgeschlossen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 8. August 1913 als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Armbruster und seiner Ehefrau Elsa geb. Muff in Fellbach Kreis Waiblingen geboren. Im Jahre 1919 trat ich in die Elementarschule in Eßlingen a. N. ein und absolvierte daselbst das humanistische Gymnasium. Nach erfolgreich bestandener Reifeprüfung im Frühjahr 1931 studierte ich an der Universität Tübingen 5 Semester, in Berlin und Bonn je 1 Semester die Rechte. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Frühjahr 1935 vor dem Justizprüfungsamt in Stuttgart ab. Seit 22. Mai 1935 bin ich als Gerichtsreferendar im Landgerichtsbezirk Stuttgart tätig.